

المَشْرِعُ النُّوَوِيُّ

مِنْ مِنْهَا جِ النَّوَوِيِّ

تَأَلَّفَ الْعَلَّامَةُ الْفَقِيهَ الْمُحَدِّثُ
مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنِ الْحُسَيْنِ الْمَرَاغِي
(٧٧٥ - ٨٥٩ هـ)

عَنِّي بِهِ

أَنْوَرُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ الشَّيْخِي الدَّاعِسْتَانِي
وَاللَّجَنَةُ الْعِلْمِيَّةُ بِدَارِ بَابِ الْأَبْوَابِ
بِالتَّعَاوُنِ مَعَ الشَّيْخِ طَلَّةِ الْعَرُوصِيِّ الدَّاعِسْتَانِي

الْمَجْلَدُ الْخَامِسُ
كِتَابُ الشَّرِكَةِ - كِتَابُ الْجَعَالَةِ

دار الضيافة

للشريعة والتربية
الكرت

عليه إحياء التراث

والخدمات الرقمية
لندن - مصر

المَشْرِعُ الرَّوِّيُّ
مِنْ مَنَاجِجِ النَّوَوِيِّ

عَلَّمَ لِإِحْيَاءِ التَّحَارَاتِ

وَالْخِدْمَاتِ الرَّقْمِيَّةِ



جمهورية مصر العربية - القاهرة

التجمع الخامس - الحي الثالث - فيلا 152

الهاتف: 00201127999511

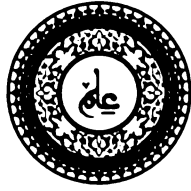
International library of manuscripts (ILM)

1155726

رقم الإيداع المحلي: 2017/23123

رقم الإيداع الدولي: 3-5-85365-977-978

info@ilmarabia.com



لتخيار قرآن وخدمات رقمية

بإدارة الطائفة: بيروت - لبنان

القطب الثاني: شركة لواء الجيوش القليل ش.م.م.
بيروت - لبنان



دار الضيعة
للنشر والتوزيع

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

دار الضيعة

للنشر والتوزيع



الكويت - حولي - شارع الحسن البصري

ص.ب. ١٣٤٦ مولي

الربيعي ٢٢٠١٤٠

تلفاكس: ٠٠٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠

نقال: ٠٠٩٦٥٥٠٤٠٩٩٢١٠

Dar_aldheyaa2@yahoo.com

Abdou20203@hotmail.com

www.daraldeyaa.net

الموزعون المعتمدون

دولة الكويت

دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي

نقال: ٥٠٤٠٩٩٢١

تليفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠

جمهورية مصر العربية

دار الأصالة للنشر والتوزيع - المنصورة

محمول: ٠٠٢٠١٠٠٠٣٧٩٤٨

محمول: ٠٠٢٠١٠٩٨٣٢٥٨٣٢

المملكة العربية السعودية

مكتبة الرشد - الرياض
دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض
دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة
مكتبة النتي - الدمام

هاتف: ٤٣٢٩٣٣٢ - ٢٠٥١٥٠٠

فاكس: ٤٩٣٧١٣٠

هاتف: ٤٩٢٥١٩٢

هاتف: ٦٣١١٧١٠

فاكس: ٨٤٣٢٧٩٤

هاتف: ٨٣٤٤٩٤٦

بريطانيا

مكتبة سفينة النجاة

هاتف: ٠٠٤٤٧٤٩٥٠٧٤٠٢٥

هاتف: ٠٠٤٤٧٤٧٢٠٤٢٨٢٤

المملكة المغربية

دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء

هاتف: ٠٠٢١٢٥٢٢٢٧٤٨١٧

الجمهورية التركية

مكتبة الإرشاد - إسطنبول

هاتف: ٠٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٣٤ - فاكس: ٠٢١٢٦٣٨١٧٠٠

جمهورية داغستان

مكتبة ضياء الإسلام
مكتبة الشام - خاسافيورت

هاتف: ٠٠٧٩٨٨٧٣٠٣٠٦ - ٠٠٧٩٨٨٣٠٣١١١١

هاتف: ٠٠٧٩٢٨٨٦٦١٤٧٤ - ٠٠٧٩٢٨٨٧٢٩٥٠٥

الجمهورية العربية السورية

دار الفجر - دمشق - حلبوني

فاكس: ٢٤٥٣١٩٣

هاتف: ٢٢٢٨٣١٦

الجمهورية السودانية

مكتبة الروضة الندية - الخرطوم - شارع المطار

هاتف: ٠٠٢٤٩٩٩٠٠٤٣٥٧٩

المملكة الأردنية الهاشمية

دار محمد دنديس للنشر والتوزيع - عمان

هاتف: ٠٦٤٦٥٣٣٩٠ - ٠٧٨٨٢٩١٣٣٢

دولة ليبيا

مكتبة الوحدة - طرابلس
شارع عمرو ابن العاص

هاتف: ٠٩١٣٧٠٦٩٩٩ - ٠٢١٣٣٣٨٢٣٨

لا يسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو نسخه أو حفظه في أي نظام إلكتروني أو ميكانيكي يمكن من استرجاع الكتاب أو أي جزء منه، وكذلك لا يسمح بالاحتباس منه أو ترجمته إلى أي لغة أخرى دون الحصول على إذن خطي من الناشر.



المَشْرِعُ النُّوَوِيُّ

مِنْ مِنْهَا جِ النَّوَوِيِّ

تَأَلَّفَ الْعَلَّامَةُ الْفَقِيهَ الْمُحَدِّثُ
مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنُ الْحُسَيْنِ الْمَرَاغِي
(٧٧٥ - ٨٥٩ هـ)

عَنِّي بِهِ

أَنُورِئِنْ أَبِي بَكْرٍ الشَّيْخِي الدَّاعِستَانِي
وَاللَّجَنَةُ الْعِلْمِيَّةُ بِدَارِ بَابِ الْأَبْوَابِ
بِالتَّعَاوُنِ مَعَ الشَّيْخِ طَهِّ الْمَعْرِصِيِّ الدَّاعِستَانِي

المُجَلَّدُ الْخَامِسُ
كِتَابُ الشَّرِكَةِ - كِتَابُ الْجَعَالَةِ

دَارُ الضِّيَاءِ

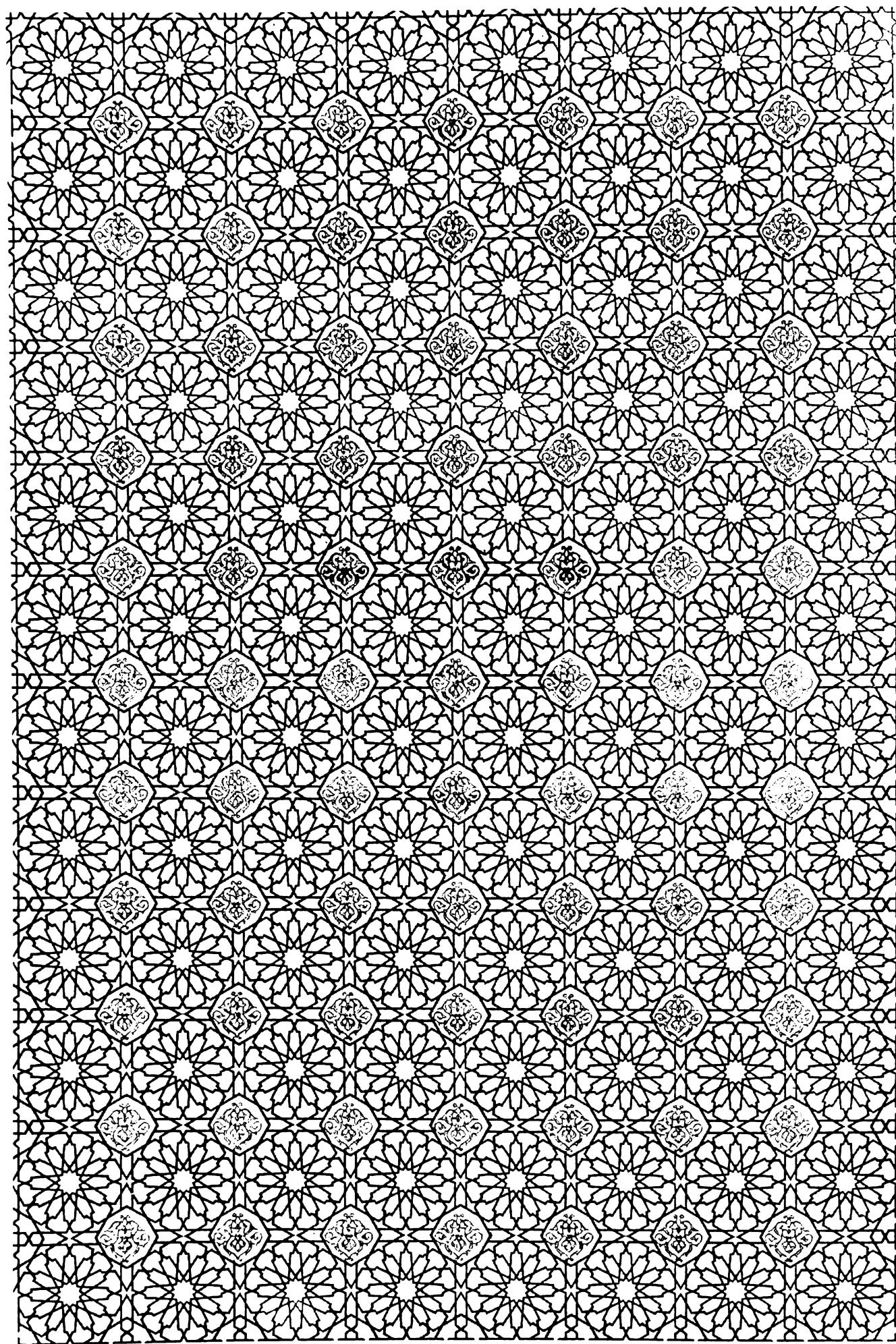
لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيْعِ
الْقَوِيَّةِ

عَلَيْهِ لِاحْيَاءُ التُّرَاثِ

وَالْخِدْمَاتِ الرَّقْمِيَّةِ
لندن - مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشركة



كِتَابُ الشَّرِكَةِ

هِيَ أَنْوَاعٌ : شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ ؛ كَشَرِكَةِ الْحَمَّالِينَ وَسَائِرِ الْمُخْتَرَفَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافِهَا .

(كتاب الشركة)

وهي بكسر الشين وسكون الراء ، ويقال : بفتح الشين وكسر الراء ، ومعناها في اللغة : الاختلاط ، وفي الشرع : ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخصين فصاعداً على جهة الشيوخ .

ومقصود الباب : الشركة التي تحدث بالاختيار لقصد التصرف وتحصيل الأرباح .

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله صلى الله عليه وسلم : « يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَهُ . . خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » أي : تنزع البركة من مالهما . رواه أبو داود ، والحاكم وصححه^(١) .

قوله : (هي أنواع) أي : أربعة : (شركة الأبدان ؛ كشركة الحمالين وسائر المخترفة ؛ ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متفاوتاً مع اتفاق الصنعة أو اختلافها) أي : كخيّاط ونجار ، وهي باطلة ؛ لأن كل واحدٍ منهما متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده ؛ كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة . . ليكون الدر والنسل بينهما ، فإذا اكتسبا شيئاً منفردين . . فلكل كسبه ، وإلا . . فيقسم الحاصل على قدر أجرة المثل .

(١) سنن أبي داود (٣٣٨٣) ، المستدرک (٥٢ / ٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ .

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا ، فَإِذَا بَاعَا . . كَانَ الْفَاضِلُ عَنِ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا .
وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ .

قوله : (وشركة المفاوضة ؛ ليكون بينهما كسبهما) أي : سواء كان بالبدن أو بالمال (وعليهما ما يعرض من غرم) أي : من خسرانٍ ، أو غصب ، أو بيع فاسدٍ ، أو غير ذلك ، وهي باطلة ؛ لاشتغالها على أنواع من الغرر ، فيأخذ كل منهما ربح ماله وأجرة عمله ، ويضمن ما يختص به .

وسميت مفاوضة من قولهم : تفاوضا في الحديث : إذا شرعا فيه جميعاً ، وقيل : من قولهم : قوم فوضى بفتح الفاء ؛ أي : مستوون .

قوله : (وشركة الوجوه ؛ بأن يشترك الوجيهان ليبْتَاع كل منهما بمؤجل لهما ، فإذا باعا . . كان الفاضل عن الأثمان بينهما) قال في « الروضة » : لها صور هذه أشهرها ، والثانية : أن يبتاع وجيه في الذمة ويوكل خاملاً في بيعه ويشترط أن يكون الربح بينهما^(١) ؛ لأنه ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند انفساخ العقد ، ثم ما اشتراه كل واحدٍ منهما . . فهو ملكه له ربحه وعليه خسارانه ، فإن وكل كل منهما الآخر في شراء شيء معلوم بينهما وقصد المشتري أنه بينهما . . كان بينهما .

قوله : (وهذه الأنواع باطلة) لما سبق^(٢) .

(١) روضة الطالبين (٥١٣/٣) .

(٢) أي : في كل واحدة منها .

وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ وَيُشْتَرَطُ فِيهَا : لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ ، فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى : اشْتَرَكْنَا . لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ ،

قوله : (وشركة العنان صحيحة) بالإجماع ، والمشهور : أن لفظها مأخوذ من : عنان الدابة إما لاستواء الشريكين في التصرف والربح على قدر رأس المال ؛ كاستواء طرفي العنان ، وإما لمنع كل منهما الآخر من التصرف باختياره ، بل بالمصلحة ؛ كما يمنع العنان الدابة .

قوله : (ويشترط فيها : لفظ يدل على الإذن في التصرف) أي : من كل واحد للآخر في نصيب نفسه ؛ لأن المال مشترك .

وقوله : (في التصرف) لا يتم إلا بأن يقول : فيها وفي أعواضها ، وإلا . . . كان إذناً فقط وليس بشركة ؛ إلا إن احتفت به قرينة بعينها .

وعبارة « الروضة » و« أصلها » : لا بد من لفظ يدل على الإذن في التجارة^(١) ، قاله الإسنوي .

قوله : (فلو اقتصرنا على : اشتركتنا . . لم يكف في الأصح) لأنه لا يلزم من الشركة جواز التصرف ؛ كما في الشركة بالإرث وغيره ، وقيل : يكفي ؛ لأنه يفهم منه الإذن عرفاً .

ولو أذن كل منهما للآخر ولم يقلوا : اشتركتنا مع حصول الاشتراك . . كفى ، وإن أذن أحدهما فقط . . تصرف المأذون في الجميع ، ولم يتصرف الأذن إلا في نصيبه ، وإذا عين جنساً . . لم يتصرف المأذون في نصيب الأذن في غير ذلك الجنس ، وإن قال : اتجر فيما شئت من أجناس المال . . جاز في الأصح ، وإن أطلق بأن قال : اتجر . . صحح المصنف : الجواز أيضاً ؛ كالقراض^(٢) .

(١) روضة الطالبين (٥١٠ / ٣) ، الشرح الكبير (١٨٧ / ٥) .

(٢) روضة الطالبين (٥١٠ / ٣) .

وَفِيهِمَا : أَهْلِيَّةُ التَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلِ .

وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ دُونَ الْمُتَقَوِّمِ ، وَقِيلَ : تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ .
وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ ،

قوله : (وفيهما : أهلية التوكيل والتوكل) أي : إذا أذن كل منهما للآخر في التصرف ؛ لأن كلاهما وكيل عن صاحبه موكل له ، أما إذا كان أحدهما المتصرف دون الآخر . فيشترط في الآذن أهلية التوكيل ، وفي المأذون له أهلية التوكل حتى يصح أن يكون الأول أعمى دون الثاني .

ويكره مشاركة الذمي ومن لا يحترز من الربا ونحوه .

قوله : (وتصح في كل مثلي دون المتقوم ، وقيل : تختص بالنقد المضروب) جوازها بالنقد المضروب متفق عليه .

نعم ؛ في المغشوش وجهان أصحهما من « زوائده » : الجواز^(١) .

وبغيره من المثليات ؛ كالتَّبَرِّ^(٢) إذا جعلناه مثلياً ، والنُّقْرَةَ - وهي : السبيكة - والقمح ونحوها ، هو الصحيح ؛ لأن المثلي إذا اختلط بجنسه . ارتفع معه التمييز .

والثاني : أنه لا يجوز إلا في النقدين ؛ كالقراض .

وامتناعها في المتقوم ؛ لأنه لا يمكن الخلط فيه .

و(المتقوم) بكسر الواو ، قال السبكي : والفقهاء يقولونه بفتحها ، وبعضهم يسقط (التاء) .

قوله : (ويشترط خلط المالين بحيث لا يتميزان) لأنه إذا لم يحصل

(١) روضة الطالبين (٥١١ / ٣) .

(٢) التبر : ما كان من الذهب غير مضروب . مختار الصحاح (ص : ٦٦) .

وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ أَوْ صِفَةٍ ؛ كَصِحَاحٍ وَمُكْسَرَةٍ ، هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقْدًا ، فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكًا بِإِثْرٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلُّ لِلْآخَرِ فِي التَّجَارَةِ فِيهِ . . تَمَّتِ الشَّرِكَةُ .

وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ : أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ وَيَأْذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ .

خلط وتلف أحد المالين قبل التصرف . . تلف من كيس صاحبه وتعذر إثبات الشركة في الثاني ، وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد والإذن ، فإن وقع في المجلس . . فالأصح : أنه لا يكفي ، وإن تأخر عن المجلس . . لم يجز على الوجهين .

قوله : (ولا يكفي الخلط مع اختلاف جنس) كدراهم ودنانير (أو صفة ؛ كصحاح ومكسرة) لأن التمييز حاصل ، وكذا لا يكفي خلط الحنطة البيضاء بالحمراء ؛ لإمكان التمييز وإن عسر .

قوله : (هذا إذا أخرجوا مالين وعقدا ، فإن ملكا مشتركا بإثر أو شراء أو غيرهما^(١) وأذن كل للآخر في التجارة فيه . . تمت الشركة) لأن المقصود بالخلط حاصل .

قوله : (والحيلة في الشركة في العروض : أن يبيع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له في التصرف) مراده : العروض المتقومة ، ومن المعلوم أنه لا بد أن يكون المبيع معلوماً ؛ كالثالث أو النصف ، ولا بد من القبض للتصرف .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (بإثر وشراء وغيرهما) .

وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ .

وَيَتَسَلَّطُ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلاَ ضَرَرٍ ؛ فَلَا يَبِيعُ نَسِئَةً ،

قال الرافعي : وقضية إطلاق الجمهور : ثبوت الشركة وأحكامها على الإطلاق^(١) .

وقوله : (كل واحد) لا حاجة إلى لفظه : (كل) فلو باع أحدهما بعض عرضه ببعض الآخر . . حصل الغرض .

وكان الأولى أن يقول : (ثم يأذن) فإنه يجب تأخير الإذن عن البيع .

قوله : (ولا يشترط تساوي قدر المالين) أي : بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين ، وقال الأنماطي : يشترط .

قوله : (والأصح : أنه لا يشترط العلم بقدرهما عند العقد) أي : بمقدار النصيبين ، بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان ، أو على نسبة أخرى ، إذا أمكن معرفته من بعد بمراجعة حساب ، أو وكيل ؛ لأن الحق لا يعدوهما .
والثاني : يشترط ، وألا يؤدي إلى جهل كل منهما بما أذن وبما أذن له فيه ، ونقله الإمام عن طوائف من الأصحاب .

أما إذا جهلا القدر وعلمتا النسبة ؛ بأن يضع أحدهما دراهم في كفة ، والآخر مقابلها مثلها ويشتركا ويتجرا من غير أن يعلما وزنهما . . فيصح جزماً ، قاله الماوردي^(٢) وغيره .

قوله : (ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر ، فلا يبيع نسيئة ،

(١) الشرح الكبير (١٨٩/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (١٣٠/٨) .

وَلَا بَغِيرِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، وَلَا بَغْبِنِ فَاحِشٍ ، وَلَا يُسَافِرُ بِهِ ، وَلَا يُبْذَرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

ولا بغير نقد البلد ، ولا بغبين فاحش ، ولا يسافر به ، ولا يبذره بغير إذن (لأن الشركة توكيل وتوكل ، فإن خالف . . لم يصح تصرفه في نصيب شريكه ، وفي نصيب نفسه قولا تفريق الصفقة ؛ إن لم نفرقها . . فالشركة بحالها ؛ لأنه لم يحصل إلا خيانة لفظية لم تتصل بقبض فلا ينزل بها ، وإن فرقنا . . انفسخت الشركة في المبيع .

قال الرافعي : فصار مشتركاً بين المشتري والشريك الذي بطل في نصيبه من غير إذن ، ولا يضمن حصة الشريك إلا إذا سلمها ، وإن اشترى بغبين فاحش ؛ فإن كان بعين مال الشركة . . فكما لو باع ، وإن كان في الذمة . . لم يقع للشركة ، وعليه الثمن من ماله ، وأما السفر . . فلا يمنع الصحة ، لكن يكون ضامناً^(١) .

وقوله : (بغير إذن) قيد في الجميع ، فأى شيء فعل فيها بالإذن . . جاز . نعم ؛ لا يستفيد ركوب البحر الملح بمجرد الإذن في السفر ، بل لا بد من التنصيص عليه ، كذا ذكره من « زوائده » في عامل القراض^(٢) ، وهذا مثله ، قاله الإسنوي .

وقوله : (يبذره) بياء مضمومة ثم باء موحدة ساكنة ، والإبضاع : دفعه إلى من يعمل فيه متبرعاً .

وقوله : (بلا ضرر) أحسن من قول « المحرر » : (بشرط الغبطة)^(٣) ؛ لأنها ما كان فيه ربح عاجل ، ولا يشترط في تصرف الوكيل ، لكن نفى

(١) الشرح الكبير (١٩٥/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٢١٣/٤) .

(٣) المحرر (٦٥١/٢) .

وَلِكُلِّ فَنَسْخُهُ مَتَى شَاءَ ، وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا ، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا : عَزَلْتُكَ ، أَوْ : لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيْبِي . . لَمْ يَنْعَزِلِ الْعَازِلُ .

الضرر ؛ كأن يبيع قفيز حنطة بمثله لا يكفي ، بل لا بد من وجود المصلحة ؛ كشراء ما يتوقع فيه الربح ، أو بيع ما يتوقع فيه الخسران ، نبه عليه الإسنوي .
قوله : (ولكل فسخه متى شاء) أي : فسخ العقد ؛ لأنها من العقود الجائزة .

قوله : (وينعزلان عن التصرف بفسخهما) قال السبكي : عبارة « المحرر » : (بالفسخ)^(١) فتقتضي انعزالهما بفسخ أحدهما ، وهو مراد « المنهاج » ، ولا خلاف أنه يرتفع العقد بفسخ أحدهما ، والمذهب : أنهما ينعزلان عن التصرف ، وقيل : إنه إذا فسخ أحدهما . . ينعزل صاحبه ، دونه ، وكلام « المنهاج » يقتضي هذا ، وإنهما لا ينعزلان حتى يفسخا جميعاً ، لكن تأويله على ما في « المحرر » أولى . انتهى

وعكس الإسنوي هذا التقرير ، وحمل عبارة « المحرر » على فسخ كل منهما ، وأنه مصرح به في « الشرحين » و« الروضة »^(٢) .

قال السبكي : ولا خلاف أن لكل منهما بعد الانعزال أن يتصرف في نصيب نفسه .

وقال ابن الرفعة : إنه لا يجوز ، وزعم أن النص شاهد له ، وأن كلام الأصحاب مشكل ، وكل ما قاله مردود .

قوله : (فإن قال أحدهما : عزلتك ، أَوْ : لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيْبِي . . لم ينعزل العازل) أي : بلا خلاف ، بل المخاطب فقط ، فإن أراد

(١) المحرر (٢/٦٥١) .

(٢) الشرح الكبير (٥/١٩٥) ، روضة الطالبين (٣/٥١٥) .

وَتَنْفَسُخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ .
وَالرَّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، تَسَاوِيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا ، . . .

المخاطب عزله . . فعل .

قوله : (وتنفسخ بموت أحدهما وبجنونه وبإغمائه) كالوكالة ، وكذا بطرؤ
حجر السفية ؛ كما نبه عليه في « الكفاية »^(١) .

وقيد الماوردي والرويانى الإغماء بما إذا كان كثيراً حتى أسقط فرض
الصلاة ولو صلاة واحدة ؛ لخروج وقتها ، أما الذي لا يسقط معه فرض
عبادة . . فلا يفسخ ؛ لأنه مرض قد يطرأ كثيراً^(٢) .

واختار السبكي في كتاب (الوكالة) : أن الإغماء لا يقتضي العزل ،
ولا يسلب الولاية ؛ لأن الغالب أن مدته لا تطول ، فيلحق طولها نادراً بغالبه .
فرع : إن لم يكن في صورة الموت على الميت دين ولا هناك وصية . .
فالوارث مخير بين القسمة وتقرير الشركة إن كان رشيداً ، وإلا . . فعلى وليه
ما فيه المصلحة .

قال الرافعي : وإنما يقرر الشركة بعقد مستأنف ، وإن كان على الميت دين
لا يصح التقرير إلا بعد قضائه من غير المشترك ، والوصية إن كانت لمعين . .
فله التقرير بعقد مستأنف ، وإلا . . فلا تقرير حتى يخرج الوصية ، ثم هو كما
لو لم تكن وصية^(٣) .

قوله : (والربح والخسران على قدر المالين ، تساويا في العمل أو تفاوتاً)

(١) كفاية النبيه (١٩٧/١٠) .

(٢) الحاوي الكبير (١٣٠/٨) ، بحر المذهب (١٩/٦) .

(٣) وفي (أ) قوله : (مع التفاضل في المالين ، أو التفاضل في الربح أو الخسران) غير
موجود .

فَإِنْ شَرَطًا خِلَافَهُ . . فَسَدَ الْعَقْدُ ، فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى الْآخِرِ بِأَجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ ، وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتِ ، وَالرَّيْبُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ .

عملاً بقضية الشركة ، ولأننا لو جعلنا شيئاً من الربح في مقابلة العمل . . لا ختلط عقد القراض بالشركة .

قوله : (فإن شرطاً خلافاً . . فسد العقد) أي : فإن شرطاً التساوي في الربح أو الخسران مع التفاضل في المالين ، أو التفاضل في الربح أو الخسران مع التساوي في المالين^(١) . . فسدت الشركة على المذهب سواء اختص أحدهما بمزيد عمل أم لا ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح ، وقيل : يفسد الشرط ويصح العقد ، وكأنه خلاف لفظي ، وقيل : يجوز شرط زيادة في الربح لمن زاد عمله .

قوله : (فيرجع كل على الآخر بأجرة عمله في ماله ، وتنفذ التصرفات ، والربح على قدر المالين) يعني : إن فساد الشرط لا يؤثر في فساد التصرف ؛ لوجود الإذن ، ويكون الربح على نسبة المالين ، ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله .

فإن تساويا في المال والعمل . . تقاصاً في الأجرة ، وكذا إذا تفاوتتا فيهما وكان عمل صاحب الأكثر أكثر ؛ بأن يساوي عمله مثتين وعمل الآخر مئة ، فإن عمل صاحب الأقل أكثر والتفاوت كما صورنا . . رجع بما زاد من عمله .

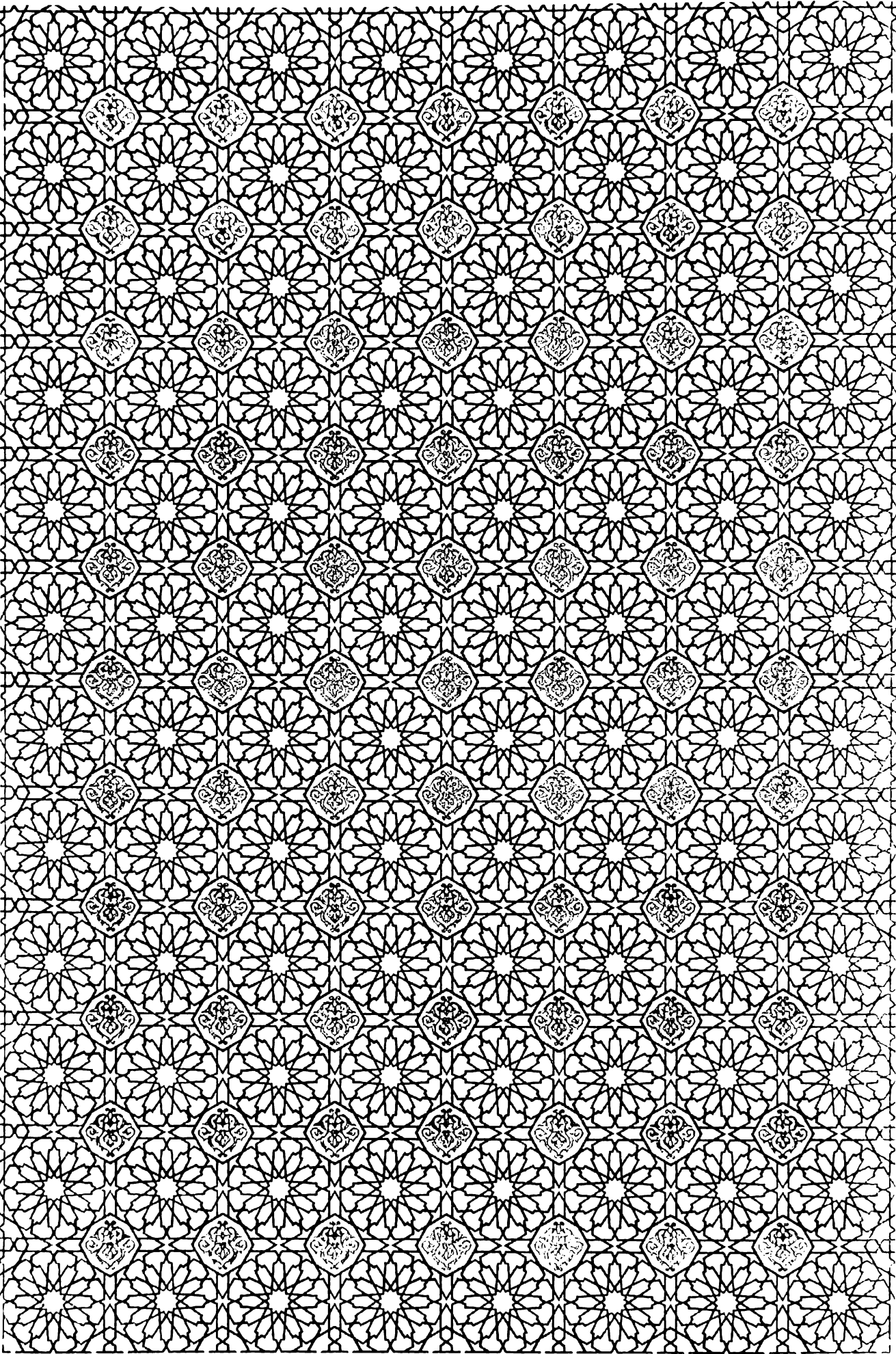
وإن تساويا في المال وتفاوتتا في العمل بالتصوير السابق وعمل من شرط له الزيادة أكثر . . رجع بما زاد من عمله ، وهو خمسون ، فإن كان عمل المشروط له الأقل أكثر . . فالأصح : أنه لا يرجع ، وهذه واردة على المصنف .

(١) الشرح الكبير (١٩٥ / ٥) .

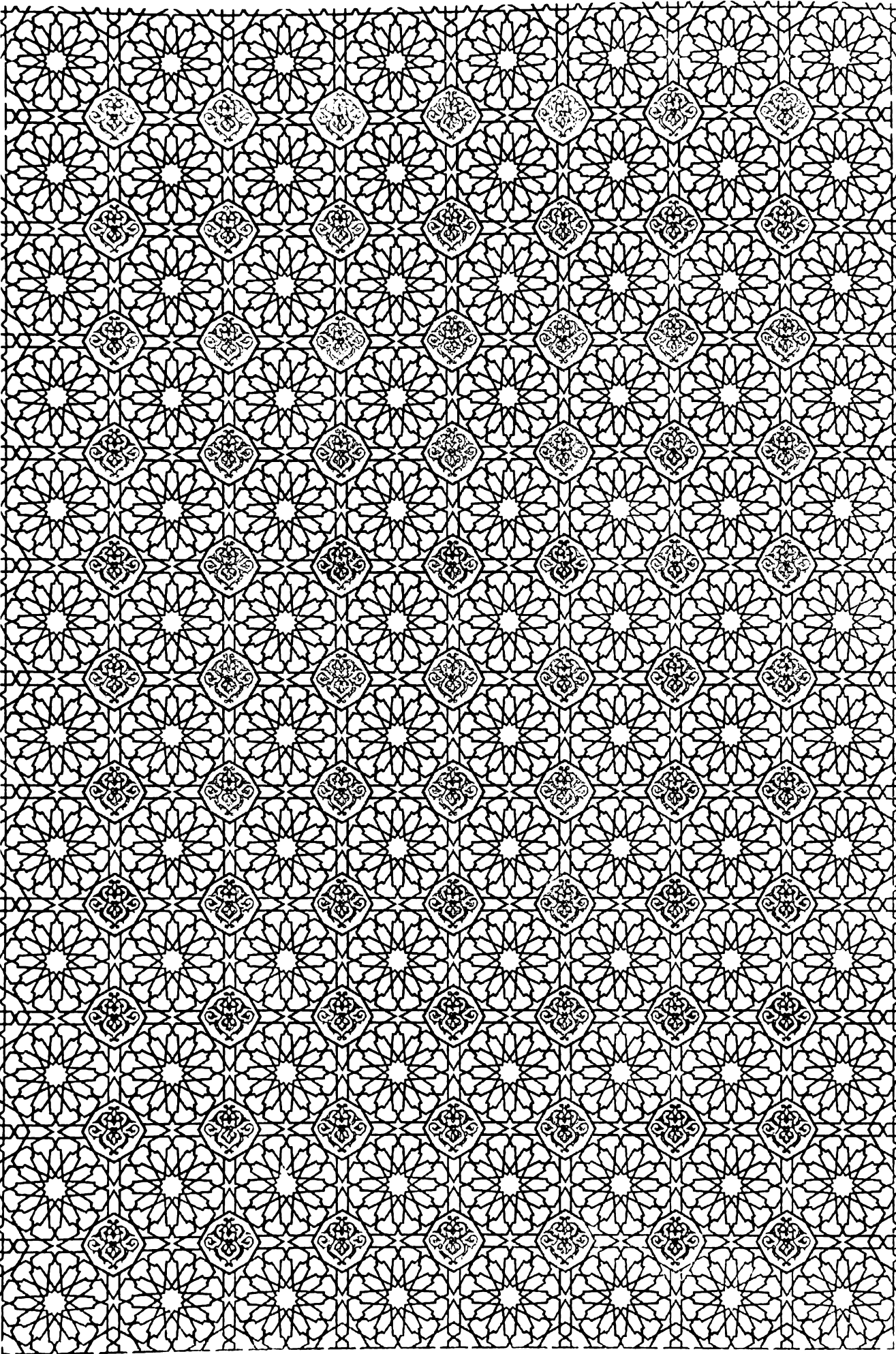
وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ ، فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ وَالْخُسْرَانِ وَالتَّلْفِ ، فَإِنْ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ . طُولِبَ بَيِّنَةٌ بِالسَّبَبِ ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلْفِ بِهِ ، وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ : هُوَ لِي ، وَقَالَ الْآخَرُ : مُشْتَرَكٌ ، أَوْ بِالْعَكْسِ . . . صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ ، وَلَوْ قَالَ : اقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي . . . صُدِّقَ الْمُنْكَرُ ، وَلَوْ اشْتَرَى وَقَالَ : اشْتَرَيْتُهُ لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي ، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ . . . صُدِّقَ الْمُشْتَرِي .

وإن تفاوتا في المال وتساويا في العمل . . . رجع صاحب الأقل بما زاد .
 قوله : (ويد الشريك يد أمانة) كالمودع والوكيل (فيقبل قوله في الرد والخسران والتلف) أي : إن أطلق ، أو أسنده إلى سبب خفي .
 قوله : (فإن ادعاه بسبب ظاهر . . . طولب بيينة بالسبب ، ثم يصدق في التلف به) أي : كالمودع ، وإن ادعى عليه خيانة مطلقة . . . لم تسمع الدعوى ، فإن عينت الخيانة . . . فالقول قول المنكر بيمينه .
 قوله : (ولو قال من في يده المال : هو لي ، وقال الآخر : مشترك ، أو بالعكس . . . صدق صاحب اليد) أي : بيمينه ؛ لأنها تدل على الملك وقد ادعى صاحبها جميع المال في المسألة الأولى ، ونصفه في الثانية .
 قوله : (ولو قال : اقتسمنا وصار لي . . . صدق المنكر) لأن الأصل عدم القسمة .

قوله : (ولو اشترى وقال : اشتريته للشركة أو لنفسي ، وكذبه الآخر . . . صدق المشتري) لأنه أعرف بقصده ، ولو كان في أيديهما ، أو في يد أحدهما وقال كل منهما : هذا نصيبي من المشترك وأنت أخذت نصيبك . . . حلفا وجعل بينهما ، فإن نكل أحدهما . . . قضى للحالف .



كتاب الوكالة



كِتَابُ الْوَكَالَةِ

شَرْطُ الْمُوَكَّلِ : صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمَلِكٍ أَوْ وَلَايَةٍ ،

(كتاب الوكالة)

الوكالة بفتح الواو وكسرهما : التفويض ، ويقع على الحفظ ، وشرعاً : تفويض أمر يقبل النيابة من أهلها على وجه مخصوص .

وأدلتها من الكتاب والسنة كثيرة^(١) ، والإجماع على جوازها ، والقياس ؛ للحاجة إليها .

وللوكيل فيها أجر إذا قصد الإعانة على الخير ، بل قال القاضي الحسين وغيره : إنها مندوب إليها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [المائدة : ٢] . وفي الحديث : « وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ »^(٢) .

قوله : (شرط الموكل : صحة مباشرته ما وكل فيه بملك أو ولاية) لأن الوكيل نائب عن الموكل فإذا لم يقدر الأصل على تعاطي الشيء فنائبه أولى ألا يقدر .

أما الملك . . فكتوكيل الرشيد في ماله ، وأما الولاية . . فكتوكيل الأب والجد .

(١) دليل من الكتاب : ﴿ فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ ﴾ [النساء : ٣٥] ، ومن السنة : عن عروة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة ، فاشتري له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، فجاء بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب . . لربح فيه . أخرجه البخاري (٣٦٤٢) .

(٢) أخرجه مسلم (٢٦٩٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ ، وَلَا الْمَرْأَةَ وَالْمُحْرِمَ فِي النِّكَاحِ ،

واحترز بالقيد^(١) عن الوكيل والمأذون فإنهما لا يوكلان^(٢) عند الإطلاق وإن
باشرا .

قال السبكي : وتوكيلهما بالإذن مخالف للقاعدة إذا قاله له : وكل عن
نفسك مخالفة ظاهرة ، وكذا إذا أطلق وقلنا : منصوبه وكيل عنه ، فإن قلنا :
وكيل عن الموكل . . وهو الأصح ، أو قال : وكل عني . . فلا .
وقوله : (وكل) بفتح الواو .

قوله : (فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون ، ولا المرأة والمحرم في
النكاح) هذا شرح للقيد الأول ، وفي معنى الصبي والمجنون النائم والمغمى
عليه ، والفاسق في تزويج ابنته إذا قلنا : لا يلي .

والمراد في المرأة : أنها لا توكل أجنبياً في تزويجها ، فأما لو أذنت للولي
بصيغة الوكالة . . فإنه يصح ؛ كما نقله في « البيان » عن نص الشافعي^(٣) ،
وقال الرافعي : الذين لقيناهم لا يَعُدُّونه إذناً^(٤) .

والمراد من المحرم : أنه لا يوكل من يزوجه ، ولا من يزوج موليته في حال
الإحرام ، وأما^(٥) إذا وكل من تزوج بعد التحلل أو أطلق ، أو وكل حلال
محرمًا لتوكل حلالاً في التزويج . . فالأصح عند الرافعي : الجواز^(٦) ، واختار
السبكي : المنع في الثلاث ، فعلى اختياره يبقى كلام المصنف على إطلاقه .

(١) أي : قول المتن : (بملك أو ولاية) .

(٢) قوله : (لا يوكلان) كذا في النسختين .

(٣) البيان (١٩٢ / ٩) .

(٤) الشرح الكبير (٥٤١ / ٧) .

(٥) وفي (ب) : (أما) بدون الواو .

(٦) الشرح الكبير (٥٦١ / ٧) .

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ ، وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ . . . فَيَصِحُّ .

قوله : (ويصح توكيل الولي في حق الطفل) شمل الأب والجد^(١) والوصي والحاكم .

والصواب : حذف التقييد بـ (الطفل) لأن كل محجور عليه كذلك .

ويصح توكيل الأب والجد في تزويج المحيرة وفي غيرهما وجهان .

ويصح توكيل السفیه والمفلس والعبد فيما يستقلون به من التصرفات ، ولا يصح فيما لا يستقلون به إلا بإذن الولي والغريم والسيد .

قوله : (ويستثنى توكيل الأعمى في البيع والشراء . . . فيصح) أي : وسائر العقود المتوقفة على الرؤية ؛ كالإجارة ، والأخذ بالشفعة وإن لم يصح منه المباشرة ؛ للحاجة .

وهذا استثناء من عكس الضابط الذي ذكره ، وهو : أن كل من صحت مباشرته بملك أو ولاية . . . صح توكيله ، ومن لا . . . فلا .

ويستثنى من طرده : المسائل المتقدمة في المحرم على ما صححه الرافعي^(٢) ، والولي غير المجبر على أحد الوجهين ، أو إذا نهته فإنه يزوج بالولاية ، ولا يوكل بلا إذن على الصحيح .

وأورد الرافعي في (الوصايا) على طرده : منع توكيل الولي فاسقاً في بيع

(١) وفي (أ) قوله : (والوصي والحاكم ، والصواب : حذف التقييد بـ « الطفل » لأن كل محجور عليه كذلك . ويصح توكيل الأب والجد) غير موجود .

(٢) أي : آنفاً في شرح قول المتن : (والمحرم في النكاح) ، وراجع « الشرح الكبير » (٥٦١ / ٧) .

وَشَرَطُ الْوَكِيلِ : صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ ، لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ ،
وَكَذَا الْمَرْأَةِ وَالْمُحْرَمِ فِي النِّكَاحِ ، لَكِنَّ الصَّحِيحُ : اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي
الإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِصَالِ هَدِيَّةٍ ،

مال الطفل^(١) ، حكاة الزركشي .

قوله : (وشرط الوكيل : صحة مباشرته التصرف لنفسه) لأن تصرف
الشخص لنفسه أقوى من تصرفه لغيره ، فإذا لم يقدر على الأقوى . . لا يقدر
على الأضعف بطريق الأولى .

قوله : (لا صبي ومجنون) أي : لا يصح وكالتهما ؛ لامتناع مباشرتهما ،
ويشترط أن يكون معيناً ، قاله الزركشي .

قوله : (وكذا المرأة والمحرم في النكاح) لأنهما مسلوبا العبارة فيه إيجاباً
وقبولاً .

و(المحرم) بضم الميم ، وأما مفتوحها . . فإنه يجوز أن يكون وكيلاً في
القبول ، وإن كان لا يصح تعاطيه لنفسه ؛ كتوكيل الأخ في قبول نكاح أخته ،
وكذا ما في معناه ؛ كتوكيل من تحته امرأة في قبول نكاح أختها أو عمتها أو
خالتها .

قوله : (لكن الصحيح : اعتماد قول صبي في الإذن في دخول دار وإيصال
هدية) أي : إذا لم تكن قرينة ولم يكن متهماً ، والثاني : لا ؛ كغيره من
التصرفات ، فإن انضمت قرينة أفادت العلم بصدقه . . جاز الدخول والقبول
قطعاً ؛ عملاً بالعلم لا بقوله ، وإن لم تنضم وكان غير مأمون . . فلا يعتمد
قطعاً .

(١) الشرح الكبير (٢٦٨ / ٧) .

وَالْأَصَحُّ : صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ ، وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ .
وَشَرْطُ الْمُوَكَّلِ فِيهِ : أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُوَكَّلُ ، فَلَوْ وَكَّلَ بَيْعَ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ ،
وَطَّلَاقٍ مَنْ سَيَنْكِحُهَا . . بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (والأصح : صحة توكيل عبد في قبول نكاح) أي : سواء أذن السيد أم لم يأذن ؛ لأنه لا ضرر على السيد فيه ، والثاني : يمتنع بغير إذن السيد ؛ كما لا يقبل لنفسه بغير إذنه .

والثالث : يمتنع مطلقاً ؛ لأنه إنما جاز في حق نفسه ؛ للحاجة .

قال الزركشي : كذا في « الروضة » هنا ، وجعل في (كتاب النكاح) :
الخلاف حيث لم يأذن ، فإن أذن . . صح قطعاً^(١) ، وقال : في معنى
العبد المبعوض ، نصّ عليه في « الأم » ، قال : لأنه لا يكون ولياً بحال ؛
يعني : في الإيجاب .

قوله : (ومنعه في الإيجاب) أي : والأصح : منع توكيل العبد في إيجاب
نكاح ؛ لأنه لا يزوج ابنته فابنة غيره أولى .

والثاني : يصح ؛ لصحة عبارته ، وإنما منعناه في ابنته ؛ لأنه لا يتفرغ
للنظر في أمرها .

وحكم السفية ؛ كحكم العبد إيجاباً وقبولاً .

قوله : (وشرط الموكل فيه : أن يملكه الموكل) أي : فيمن يوكل في
ماله ، وله ثلاثة شروط هذا أولها (فلو وكل ببيع عبد سيملكه ، وطلاق من
سينكحها . . بطل في الأصح) لأنه لا يملك مباشرة عند التوكيل فلا يستتبع

(١) روضة الطالبين (٥٣٢ / ٣) ، (٤٠٨ / ٥) .

وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ ،

غيره ، والثاني : يصح ، والخلاف عائد إلى أن الاعتبار بحال التوكيل أو بحال التصرف .

وأجرى الرافعي الوجهين في التوكيل بإعتاق كل رقيق يملكه ، وقضاء كل دين يلزمه ، وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها^(١) ، وتصور ؛ بأن يموت الزوج أو يطلق قبل الدخول .

وقول المصنف : (من سينكحها) الظاهر : أنه أراد نكحة موصوفة ؛ يعني : زوجة سينكحها ، فيصير مثل (عبد سيملكه) ويشعر بأن صورة المسألة أن يفرد ما لا يملكه بالتوكيل .

فإن جعله تبعاً لحاضر ؛ كاستيفاء ما وجب من حقوقه وما سيجب ، وبيع ما هو في ملكه وما سيملكه . . ففي صحته احتمالان للرافعي المذكور منهما في « البيان » عن الشيخ أبي حامد : أنه يجوز^(٢) ، ونقله ابن الصلاح عنه ، وحكى عن الأصحاب : جواز التوكيل ببيع ثمرة شجرة قبل إثمارها ، وجزم بأنه إذا وكله في المطالبة بحقوقه . . دخل فيه ما يتجدد من الحقوق .

ولو قال : وكلتك في بيع هذا وأن تشتري بثمره كذا . . ضح على المشهور في « المطلب » .

أما النكحة التي لم تعين . . فلا يأتي الخلاف فيها ؛ كما ذكره البغوي في (النكاح) من « فتاويه » ، وعبارة الرافعي تقتضي جريانه^(٣) .

قوله : (وأن يكون قابلاً للنياحة) هذا الشرط الثاني ؛ لأن الوكالة إنابة ، فما

(١) الشرح الكبير (٢٠٥ / ٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٤٢-٢٤٣ / ٥) ، البيان (٤٠٦ / ٦) .

(٣) فتاوى البغوي (ص : ٢٨٣) ، الشرح الكبير (٢٠٥ / ٥) .

فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةِ إِلَّا الْحَجَّ ، وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ ، وَذَبْحَ أُضْحِيَّةٍ ، وَلَا فِي شَهَادَةٍ ، وَإِيْلَاءٍ ، وَلِعَانٍ ، وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ، وَلَا فِي ظَهَارٍ فِي الْأَصَحِّ ، ..

لا يقبلها ؛ كاستيفاء حق القسم من الزوجات ونحوه مما سيأتي^(١) . . لا يقبل التوكيل .

قوله : (فلا يصح في عبادة) لأن المقصود منها ابتلاء الشخص وامتحانه بإتباعه نفسه .

قوله : (إلا الحج ، وتفرقة زكاة ، وذبح أضحية) للأدلة المذكورة في أبوابها ، ويندرج في الحج ركعتا الطواف والعمرة ، ويلتحق بالزكاة الكفارة والنذر والتطوع ، وبذبح الأضحية الهدى والعقيقة ، وبالحج الصوم عن الميت على القديم .

قوله : (ولا في شهادة ، وإيلاء ، ولعان ، وسائر الأيمان) أما الشهادة لأنه لا يقوم غير لفظها ؛ كأعلم وأتقن مقامه ، فغير الشاهد أولى ، وأما الأيمان فلأنها نطق بتعظيم الله تعالى فأشبهت العبادة .

وقوله : (وسائر الأيمان) أي : باقيها ؛ لأن الإيلاء واللعان يمينان ، والنذر والتدبير وتعليق العتق والطلاق في معنى الأيمان ، قاله الرافعي^(٢) .

قوله : (ولا في ظهار في الأصح) الوجهان مبنيان على أن المذهب فيه معنى اليمين أو الطلاق ؛ ورجح الرافعي في بابه تغليب شائبة الطلاق^(٣) ، وهو يقتضي الصيحة ، قاله الزركشي ، وقال : ووجه الجمهور المنع ؛ بأنه منكر من القول وزور فلا يشرع فيه الإعانة .

(١) أي : آنفاً في المتن .

(٢) الشرح الكبير (٢٠٧/٥) .

(٣) الشرح الكبير (٢٨٠/٩) .

وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ ، وَهَبَةٍ ، وَسَلَمٍ ، وَرَهْنٍ ، وَنِكَاحٍ ، وَطَلَاقٍ ، وَسَائِرِ
الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ ،

قوله : (ويصح في طرفي بيع ، وهبة ، وسلم ، ورهن ، ونكاح ،
وطلاق) ثبت في النكاح والشراء بالنص^(١) ، وقيس الباقي عليه .

ولا يصح بيع الرهن في غيبة الموكل ويصح مع حضوره في الأصح ، قاله
القاضي أبو الطيب والرويانى .

وأما الطلاق .. فلا يكون إلا منجزاً في معينة ، فلو وكل في تطليق مبهمة ..
لم يصح في الأصح .

قوله : (وسائر العقود) أي : من أنواع المعاملات ، ويجوز في الخلع
والإعتاق والكتابة ، وعقد الذمة من الطرفين .

قوله : (والفسوخ) أي : وفي الفسوخ ؛ كالأقالة والرد بالعيب ، والفسخ
بختيار المجلس والشرط ، لكن ما هو على الفور قد يكون في التوكيل فيه تأخير
فيبطله .

ولو طلق إحدى امرأته ، أو أعتق أحد عبديه فوكل بالتعيين ، أو أسلم
الكافر على أكثر من أربع فوكل بالاختيار .. لم يصح ؛ لتعلقه بالشهوة
والميل ، كذا أطلقه الرافعي^(٢) .

لكن لو أشار لواحدة ووكل في تعيينها للفراق ، أو أربع ووكل في تعيين
النكاح فيهن .. فهو كالتوكيل في الرجعة فيصح على الصحيح ، نقله المصنف

(١) منه : توكيله ﷺ عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة . أخرجه الحاكم (٢٢/٤) ،
والبيهقي في « الكبير » (١٣٩١٠) ، وتوكيله ﷺ عروة البارقي في شراء شاة بدينار .
أخرجه البخاري (٣٦٤٢) .

(٢) الشرح الكبير (٢٠٧/٥) .

وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا ، وَالِدَّعْوَى وَالْجَوَابِ ،

عن « التتمة » وأقره^(١) .

وذكر الرافعي في بيع الغائب : أنه يجوز التوكيل في الرؤية من يفسخ^(٢) أو يجيز على الأصح^(٣) ، لكن في « تعليق القاضي حسين » : يجوز التوكيل في الفسخ ، ولا يجوز في الإجازة ؛ لأن رؤية الوكيل لا يوقع العلم للموكل ، حكاها الزركشي .

قوله : (وقبض الديون وإقباضها) لعموم الحاجة ، ومنها الجزية في قبضها وإقباضها على الأصح ، والخلاف في الإقباض ينبني على كيفية الأخذ سواء كان مسلماً أو ذمياً ، قاله في « التحرير »^(٤) ، والذي في « الروضة » و« أصلها » التقييد بالمسلم^(٥) .

وأما الأعيان ؛ كالمبيع والوديعة .. فيصح في قبضها ، ولا يصح في إقباضها .

ولا يوكل في رد العين المغصوبة مع القدرة على ردها بنفسه ؛ إذ ليس له دفعها لغير المالك إلا إلى الحاكم ؛ كذا قاله الشيخ عز الدين .

قوله : (والدعوى والجواب) أي : يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه التوكيل في الخصومة لعذر ولغير عذر ، رضي صاحبه أم لم يرض ، سواء كان المطلوب مالاً ، أم عقوبة لآدمي .

(١) روضة الطالبين (٥٢٤/٣) .

(٢) وفي هامش (ب) : نسخة : (وفيمن يفسخ) .

(٣) الشرح الكبير (٥٢/٤) وعبارته : (أن يوكل غيره بالرؤية وبالفسخ أو بالإجازة) .

(٤) تحرير الفتاوي (٩٩/٢) .

(٥) الشرح الكبير (٢٠٧/٥) ، روضة الطالبين (٥٢٤/٣) .

وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالْأَصْطِيَادِ وَالْإِحْتِطَابِ فِي الْأَظْهَرِ ،
لَا فِي إِقْرَارٍ فِي الْأَصَحِّ ،

قوله : (وكذا في تملك المباحات ؛ كالإحياء ، والاصطياد ، والاحتطاب في الأظهر) كسائر أسباب الملك ، والثاني : المنع ؛ لأن سبب الملك وهو وضع اليد وجد منه ، فلا ينصرف عنه بالنية ، وعلى الأصح : إذا استأجر لذلك . . صح وله الأجرة .

وتعبيره بالتملك يخرج الاختصاصات ، لكن قال الغزالي في « الإحياء » :
الصحيح : أنه يجوز الاستئابة في إثبات اليد على المباحات^(١) .

وقوله : (المباحات) شمل الاغتنام ولا يصح قطعاً ، والالتقاط ، وفي « الروضة » عن ابن الصباغ : القطع فيه بالمنع ، وقواه^(٢) ، قاله الزركشي .
والخلاف في « الشرحين » وجهان ، وقال في « الروضة » : هما قولان مشهوران^(٣) .

قال الإسنوي : الخلاف مخرج ؛ كما قاله القاضي أبو الطيب والحسين ،
فيصح التعبير : بالقولين والوجهين^(٤) .

قوله : (لا في إقرار في الأصح) لأنه إخبار عن حق ، فلا يقبل التوكيل ؛
كالشهادة ، والثاني : يصح ؛ كسائر أسباب الالتزام ، وعلى هذا : لا يلزم
الموكل شيء قبل إقرار الوكيل على ما قطع به الجمهور .

(١) إحياء علوم الدين (٤١٠ / ٣) .

(٢) روضة الطالبين (٥٢٦ / ٣) .

(٣) الشرح الكبير (٢٠٨ / ٥) ، روضة الطالبين (٥٢٥ / ٣) .

(٤) المهمات (٥١٥ / ٥) .

وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ ؛ كَقَصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ .

وعلى الأول : يكون مقراً بنفس التوكيل على الأصح من « زوائده »^(١) ، وصورته : أن يقول : وكلتك لتقر عني بكذا ، أو يعين جنس المقر به وقدره ، فلو قال : أقر عني لفلان بشيء ، فأقر . . أخذ الموكل بتفسيره ، ولو اقتصر على قوله : أقر لفلان . . فالأصح : أنه لا يلزمه شيء .

ولو قال : أقر عني لفلان بألف له علي . . ففي « زوائد المصنف » : أنه إقرار جزماً^(٢) .

واختار السبكي في إقرار الوكيل أن يقول : موكلي مقر بذلك .

قوله : (ويصح في استيفاء عقوبة آدمي ؛ كقصاصٍ وحد قذف) أي : كسائر الحقوق (وقيل : لا يجوز إلا بحضور الموكل) لاحتمال العفو في الغيبة ، ولأنه ربما يرق إذا حضر . . فيعفو .

والخلاف طرق ، أرجحها على قولين ؛ أظهرهما : الجواز في غيبته ، فتعبير المصنف بـ (قيل) معترض^(٣) في ذكر الخلاف ، وفي أن الأصح : تعيين التوكيل في قطع الطرف وحد القذف ، ولا يجوز تمكين المستحق منهما ، ولا خلاف في جواز التوكيل في إثبات عقوبة الآدمي ، ونص عليه في « المختصر » في (اللعان)^(٤) ، قاله الزركشي .

(١) روضة الطالبين (٥٢٥ / ٣) .

(٢) روضة الطالبين (٥٢٦ / ٣) .

(٣) وفي (أ) زيادة بعد قوله : (معترض) وهي : (وكلامه يقتضي الخلاف في صحة الوكالة) ، ويأتي قريباً مثله ، وهو تكرار غير مستقيم ، وضرب عليها في (ب) .

(٤) مختصر المزني (ص : ٢٩٢) .

وَلَيْكِنِ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، فَلَوْ قَالَ : وَكَلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي ، أَوْ فَوَضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ .. لَمْ يَصِحَّ ،

وكلام المصنف يقتضي : أن الخلاف في صحة الوكالة ، وتوافقه عبارة « التتمة » ، وعبارة « الروضة » و« أصلها » تفهم : أنه في جواز الاستيفاء^(١) ، فإن استوفاه الوكيل . . وقع الموقع صححنا الوكالة أو أبطلناها ، فإن كان القصاص بعد العفو جاهلاً به . . وجبت الدية في الأصح .

وكلام المصنف يوهم : أن التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى ممتنع ، وليس كذلك ، بل يجوز من الإمام والسيد ، وإنما يمتنع التوكيل في الإثبات ، كذا جزم به الرافعي^(٢) .

نعم ؛ دعوى القاذف على المقدوف . . أنه زنى مسموعة ، فيصح التوكيل في إثباته ، قال المصنف : ولا يستثنى إلا هذه .

قوله : (وليكن الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه ، ولا يشترط علمه من كل وجه) لأنها جوزت للحاجة ، فسومح فيها بحيث لا يعظم الغرر ، وهو الشرط الثالث .

قوله : (فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري ، أو فوضت إليك كل شيء .. لم يصح) لأنه غرر عظيم ، وكذا إذا قال : أنت وكيلني فتصرف في مالي كيف شئت .

ولو قال : وكلتك في مخاصمة خصمائي . . صح في الأصح ، قال السبكي : وإذا قلنا بالصحة . . فكلام الماوردي يقتضي أن يدخل فيه كل من

(١) روضة الطالبين (٥٢٦/٣) ، الشرح الكبير (٢١٠/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٠٩/٥) .

وَإِنْ قَالَ : فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرْقَائِي . . . صَحَّ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ . .
وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ ،

يحدث من خصمائه^(١) ، وهو ظاهر .

قوله : (وَإِنْ قَالَ : فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرْقَائِي . . . صَحَّ) لأن ذلك محصور ، وكذا إذا قال : فِي اسْتِيفَاءِ دِيُونِي ، وَقَضَاءِ دِيُونِي ، وَاسْتِرْدَادِ وَدَائِعِي ، وَالْأَشْبَهُ عِنْدَ الرَّافِعِيِّ : أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ أَنْ تَكُونَ أَمْوَالُهُ مَعْلُومَةٌ وَلَا دِيُونُهُ وَلَا مِنْ هِيَ عَلَيْهِ ، وَبِهِ صَرَحَ الْقَفَالُ ، وَصَرَحَ الْقَاضِي حُسَيْنٌ : بِاشْتِرَاطِ الْعِلْمِ ، وَأَشْعَرُ بِهِ كَلَامُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَالبَغَوِيِّ^(٢) .

ومنه يعلم : أَنْ مَا يَتَجَدَّدُ مِنَ الْأَمْوَالِ . . لَا يَدْخُلُ فِيهَا .

ولو قال : وَكَلَّتْكَ فِي بَعْضِ مَالِي ، أَوْ سَهَمَ مِنْهُ وَنَحْوَهُ . . لَمْ يَصَحَّ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ : أَبْرِئُ فُلَانًا عَنْ شَيْءٍ مِنْ دِينِي . . فَإِنَّهُ يَصَحُّ ، وَيَبْرَأُهُ عَنْ قَلِيلٍ مِنْهُ ، قَالَه الرَّافِعِيُّ^(٣) ، وَقَالَ الْمُتَوَلَّى : عَنْ أَقْلٍ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ ، قَالَ الْإِسْنَوِيُّ : وَيَنْبَغِي حَمْلُ مَا أَطْلَقَهُ الرَّافِعِيُّ عَلَيْهِ^(٤) .

ويشترط علم الموكل إذا منعنا الإبراء من المجهول ، وهو الأصح ، ولا يشترط علم الوكيل في الأصح ، ولا علم من عليه الدين على الصحيح ، فإذا قال : أَبْرِئُ فُلَانًا عَنْ دِينٍ . . أَبْرَأَهُ عَنْ جَمِيعِهِ ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ بَعْضِهِ . . جَازَ بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

قوله : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ . . وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ) أَي : كَتَرَكِي أَوْ

(١) الحاوي الكبير (١٥٣ / ٨) .

(٢) الشرح الكبير (٢١٢ / ٥) ، التهذيب (٢١١ / ٤) .

(٣) الشرح الكبير (٢١٤ / ٥) .

(٤) المهمات (٥٢٠ / ٥) .

أَوْ دَارٍ . . وَجَبَ بَيَانُ الْمَحِلَّةِ وَالسَّكَّةِ ، لَا قَدْرَ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ .
وَيُشْتَرَطُ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ ؛ كَ : وَكَلْتُكَ فِي كَذَا ، أَوْ :
فَوَضْتُهُ إِلَيْكَ ، أَوْ : أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ ،

هندي ونحوهما ؛ لاختلاف الأغراض فيها ، وقيل : لا يجب ، وقال الشيخ
أبو محمد : لا بد من التعرض للصنف ؛ كالفجق ، والأكثرون على : أنه
لا يشترط أن يصف العبد ؛ ككونه طويلاً ، أو أسمر ونحو ذلك .

قوله : (أَوْ دَارٍ . . وَجَبَ بَيَانُ الْمَحِلَّةِ وَالسَّكَّةِ) لاختلاف الغرض بذلك .

و(السكة) بكسر السين : الزقاق ، و(المحلة) : الحارة الكبيرة .

وإذا وجب ذلك . . فالبلد أولى ، وفي الحانوت يتعرض للسوق .

قوله : (لَا قَدْرَ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ) لأنه قد يتعلق الغرض بعبد من ذلك
النوع نفيساً كان أو خسيساً ، والثاني : لا بد من تقديره ؛ كمئة ، أو بيان
غايته ؛ كمئة إلى ألف .

وهذا الخلاف ذكره الرافعي في العبد^(١) ، لكن الدار في معناه فلذلك أخره
المصنف تبعاً لـ « المحرر »^(٢) ؛ ليعود إليهما .

تنبيه : هذا كله فيما إذا لم يقصد بالشراء التجارة ، فإن قصدها . . فلا
يشترط بيان ذلك ، بل يجوز أن يقول : وكلتك أن تشتري بهذا الألف ما شئت
من العروض ، أو : ما علمت فيه حظاً من الأموال ؛ قياساً على القراض .

قوله : (وَيُشْتَرَطُ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ ؛ كَ : وَكَلْتُكَ فِي كَذَا ،
أَوْ : فَوَضْتُهُ إِلَيْكَ ، أَوْ : أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ) أي : ونحو ذلك ؛ كقوله : أنبتك ؛

(١) الشرح الكبير (٢١٣/٥) .

(٢) المحرر (٦٥٨/٢) .

وَلَوْ قَالَ : بَع ، أَوْ : أَعْتَقَ .. حَصَلَ الْإِذْنُ .

وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فِي صِيغِ الْعُقُودِ ؛ ك : وَكَلَّتْكَ ، دُونَ صِيغِ الْأَمْرِ ؛ ك : بَع وَأَعْتَقَ .

كما يشترط الإيجاب في سائر العقود ؛ لأن الشخص ممنوع من التصرف في ملك غيره حتى يأذن له .

وقوله : (لفظ) يوهم أنه لا يكفي كتابة ولا كتابة الأخرس وإشارته ، وليس كذلك ، بل هو كالبيع وأولى ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو قال : بَع ، أَوْ : أَعْتَقَ .. حصل الإذن) قال الرافعي : وهذا لا يسمى إيجاباً وإنما هو قائم مقامه^(١) .

قوله : (ولا يشترط القبول لفظاً) أي : بل يكفي فعلاً ؛ لأن الوكالة إباحة فأشبهت إباحة الطعام (وقيل : يشترط) ؛ لأنه تمليك للتصرف فليقبل ؛ كسائر التملكات (وقيل : يشترط في صيغ العقود ؛ ك : وَكَلَّتْكَ ، دُونَ صِيغِ الْأَمْرِ ؛ ك : بَع وَأَعْتَقَ) قال الغزالي : إنه أعدل الوجوه ، ولو قال : أذنت في كذا .. فهو كالأمر به .

أما القبول المعنوي بمعنى عدم الرد أو الرضا بما فوض إليه .. فلا بد منه ، وعنه احتراز بقوله : (لفظاً) .

ولا يجب فيه الفور ، وكذا على اشتراط اللفظ لا يجب الفور على الصحيح .

وعلى عدم اشتراط اللفظ لا يشترط علم الوكيل بالوكالة على الأصح .

(١) الشرح الكبير (٢١٩/٥) .

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا بِشَرْطٍ فِي الْأَصَحِّ ، فَإِنْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ
شَرْطاً.. جَازَ ،

فلو تصرف من غير علم.. خرج على الخلاف في بيع مال مورثه ظاناً حياته .
قال في « المطلب » : هذا في الوكيل بغير جعل ، فإن كان جعل.. فلا بد
من القبول لفظاً إذا أورده بصيغة العقد ؛ كالقراض ، بل أولى ، حكاه
الزركشي .

قوله : (ولا يصح تعليقها بشرط في الأصح) مثل : إذا جاء رأس الشهر ،
أو : إذا قدم زيد.. فقد وكلتك في كذا ؛ كالقراض ، وسائر العقود .
والثاني : يصح ؛ كالوصية والإمارة ، فعلى الأول : لا خلاف أنه لا ينفذ
تصرفه قبل الشرط ، فإذا وجد الشرط فتصرف.. نفذ تصرفه ؛ لوجود الإذن .
وفائدة البطلان : أنه لو سمي له جعلاً.. لا يستحقه ، بل يستحق أجره
المثل .

وقيل : لا ينفذ تصرفه هذا في تعليق الإيجاب ، أما تعليق القبول لو قال :
قبلت الوكالة إذا جاء رأس الشهر.. فأشار الإمام إلى المنع قطعاً ؛ لأن حق
القبول أن يترتب على الإيجاب ، حكاه الزركشي .

قوله : (فإن نجزها وشرط للتصرف شرطاً.. جاز) وصورته : وكلتك
الآن ببيع عبدي ولا تبعه إلا بعد شهر ، أو : وكلتك ببيعه بعد شهر ؛ لأنه لم
يعلق العقد ، وإنما علق التصرف فلم يمنع الصحة .

ويصح توقيت الوكالة بأن يقول : وكلتك إلى شهر ؛ كما جزم به في
« الروضة »^(١) .

(١) روضة الطالبين (٥٣٦/٣) .

وَلَوْ قَالَ : وَكَلْتُكَ وَمَتَى عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكِيلِي .. صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ ،

قوله : (ولو قال : وكلتك ومتى عزلتك فأنت وكيلي .. صحت في الحال في الأصح) لوجود الإذن ، والثاني : لا يصح ؛ لاشتمالها على شرط التأيد ، وهو إلزام العقد الجائز .

ومحل الخلاف : إذا اتصل التعليق بالتولية ، فإن قاله مفصلاً عن الوكالة .. فالوكالة صحيحة قطعاً ، قاله الرافعي^(١) .

وفي « المطلب » عن القاضي حسين وغيره : أن محله أيضاً : أن يأتي به بصيغة الشرط مثل : على أني كلما عزلتك ، أو : بشرط أني كلما .

وقال في « المطلب » : الذي يظهر أن محله أيضاً فيما إذا كان التعليق بصيغة مقتضية للتكرار ؛ مثل : كلما ، بخلاف : متى ، ومهما .. فإنه يحصل مقصوده فيهما بتكرير العزل ، فلم يشتمل على شرط التأيد .

قال : وفيما إذا قال الموكل : وكلما عزلتك بنفسي ، أو بغيري ، فإنه متى لم يقل ذلك .. أمكن عزله بغيره .

واعلم : أن عبارة « الروضة » بـ (متى) كالكتاب ، وعبارة « الشرحين » بـ (مهما) كالمحرر ، وقال الإسنوي : وينبغي حمله^(٢) : على أنه لم يقع عن قصد ؛ ليصح التعليق^(٣) ، ونازعه ابن العماد ، فقال : ما ذكره القاضي وابن الرفعة للتمثيل لا للحصر .

(١) الشرح الكبير (٢٢٢/٥) .

(٢) أي : ما وقع في « الروضة » والكتاب من التعبير بـ (متى) .

(٣) روضة الطالبين (٥٣٥/٣) ، الشرح الكبير (٢٢٢/٥) ، المحرر (٦٥٩/٢) ، المهمات (٥٣٠-٥٣١) .

وَفِي عَوْدِهِ وَكَيْلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيْقِهَا ، وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيْقِ الْعَزْلِ .

قوله : (وفي عوده وكيلاً بعد العزل الوجهان في تعليقها) أي : سواء كان التعليق متصلاً أو مفصلاً ، والأصح : أنه لا يعود ؛ لأن الأصح : فساد التعليق .

ومحل الخلاف : إذا عزله وعلم بعزله ، أو قلنا : إنه ينزل قبل أن يعلم ، وإلا . . فهو على وكالته الأولى .

قوله : (ويجريان في تعليق العزل) أي : الوجهان في تعليق الوكالة ؛ بأن يقول مثلاً : إذا طلعت الشمس . . فأنت معزول .

قال الإمام عن شيخه : إن الأصح : أن العزل يقبل التعليق ، وفي كلام الرافعي : إن صححنا تعليق الوكالة . . صححنا تعليق العزل ، وإلا . . ففي تعليق العزل وجهان ؛ لأنه لا يشترط فيه القبول ، ومقتضى عبارة الكتاب : تصحيح عدم العزل ، اعترض في « المهمات » على ما اقتضته العبارة ؛ من تصحيح عدم العزل . . بأنه كيف تنفذ التصرفات والمالك مانع منها^(١) ؟!

قال ابن العماد : العزل الفاسد لا يستلزم رفع الوكالة ، بل إنما يتضمن منع الإذن ، ومنع الإذن لا يستلزم رفع الوكالة ، فإذا وجد الشرط المعلق عليه العزل . . امتنع التصرف مع بقاء الوكالة .

وفائده : لو أذن له بعد ذلك . . تصرف بالوكالة السابقة ، وإن قلنا بصحة تعليق العزل . . ارتفع العقد والإذن جميعاً .

(١) نهاية المطلب (٣٧/٧) ، الشرح الكبير (٢٢٣/٥) ، المهمات (٥٣٢/٥) .

فصل

الوكيل بالبيع مطلقاً ليس له البيع بغير نقد البلد ، ولا بنسيئة ، ولا بغبن فاحش ، وهو : ما لا يحتمل غالباً ،

(فصل)

[في بعض أحكام الوكالة بعد صحتها]

(الوكيل بالبيع مطلقاً ليس له البيع بغير نقد البلد ، ولا بنسيئة ، ولا بغبن فاحش ، وهو : ما لا يحتمل غالباً) قياساً على الوصي والوكيل بالشراء .

واحترز بقوله : (مطلقاً) : عما إذا نص له على شيء منها . فإنه يبيع به .

وبـ (الفاحش) : عن اليسير ؛ كدرهم في عشرة .

ولو كان في البلد نقدان . . لزمه البيع بأغلبهما ، فإن استويا . . فبالأنفع للموكل ، فإن استويا . . تخير على الصحيح .

قال الإسنوي : والمتجه : أن المعتبر بلد التوكيل إن لم يأذن المالك في النقل ، وبلد البيع إن أذن . انتهى

وإنما يبيع بضمن المثل إذا لم يجد من يبذل زيادة ، فإن وجد . . فكما لو باع بدون ثمن المثل ، فإن باع بضمن المثل ثم زاد راغب في زمن الخيار . . لزمه الفسخ في الأصح ، فإن لم يفعل . . انفسخ .

وقوله : (ليس له) إشارة إلى المنع ، فلو فعل . . فالمشهور : بطلان تصرفه .

والوكيل بالشراء يتقيد أيضاً بضمن المثل ، والحلول ، ونقد البلد عند الإطلاق ؛ كالوكيل بالبيع .

فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ وَسَلَّمَ الْمَبِيعَ . . ضَمِنَ ، فَإِنْ وَكَّلَهُ أَنْ يَبِيعَ مُؤَجَّلاً وَقَدَّرَ الْأَجَلَ . . فَذَاكَ ،

قوله : (فلو باع على أحد هذه الأنواع وسلم المبيع . . ضمن) لأنه متعدي بتسليمه ، وإن لم يسلمه . . لم يضمن ، ثم إذا سلمه فإن كان باقياً . . استرده . وله بيعه بالإذن السابق ولا يكون ضامناً للثمن .

وإن تلف . . كان للمالك أن يغرم قيمته من شاء منهما ، والقرار على المشتري .

وكان ينبغي أن يقول : (لم يصح ويضمن) ، فإن المذهب : بطلانه ، ويضمن القيمة على الأصح ، قاله الزركشي .

قوله : (فإن وكله أن يبيع^(١) مؤجلاً وقدر الأجل . . فذاك) أي : فيجوز أن يبيعه إلى ذلك الأجل ، ولا يجوز الزيادة عليه ، ولا النقصان أيضاً إن نقص من الثمن شيء .

والأصح : أنه يجوز أن يبيعه بذلك الثمن حالاً أو إلى أجل أقل ، إلا أن يكون عليه في حفظ ذلك الثمن مؤنة أو خوف . . فلا يجوز .

قال الإسنوي : وينبغي حمل هذا على ما إذا لم ينص على المشتري ، فإن نص عليه . . لم يبع بحال ولا بأجل أنقص ؛ لظهور قصد المحاباة ؛ كما لو قال : بع منه بمئة ، فباع بأكثر .

فرع : لو وكله أن يشتري بنسيئة فاشترى بنقد . . لم يجز ، وإن أمره بالشراء بنقد فاشترى بنسيئة فإن كان قدّر الثمن واشترى به . . جاز على الأصح إلا أن

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (لبيع) .

وإن أطلق.. صح في الأصح ، وحمل على المتعارف في مثله .

ينهاه ، وإن لم يقدر.. لم يجز على الظاهر من المذهب ، قاله القاضي حسين .

قوله : (وإن أطلق.. صح في الأصح^(١) ، وحمل على المتعارف في مثله) حملاً للمطلق على المعهود ، فإن لم يكن عرف.. راعى الأنفع للموكل ، وقيل : يؤجل بما شاء ، وقيل : لا يزيد على سنة .

والثاني : لا يصح ؛ لاختلاف الغرض بتفاوت الآجال .

وقال الإسنوي : ذكر الرافعي أن الإشهاد يجب على عامل القراض إذا باع نسيئة بإذن المالك فيه ، وقياسه : الوجوب هنا ، وقد صرح به القاضي ، وأشار الروياني إلى خلاف فيه .

فرع : لو قال : بعه بكم شئت.. فله البيع بالغبن الفاحش ، ولا يجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد .

ولو قال : بما شئت.. فله البيع بغير نقد ، ولا يجوز بالغبن ولا بالنسيئة^(٢) ، قاله القاضي حسين والمتولي والرافعي^(٣) ، وكلام الإمام والمتولي في النكاح يقتضي جواز البيع بالغبن^(٤) ، قال السبكي : والعرف يقتضيه فليكن هو الصحيح ، إلا إذا دلت قرينة على خلافه ، فأشار الإمام في النكاح إلى أنها تعتمد .

ولو قال : كيف شئت.. فله البيع بالنسيئة ، لا بالغبن ولا بغير نقد البلد ،

(١) وفي (أ) : (على الأصح) .

(٢) وفي (أ) : (ولا النسيئة) .

(٣) الشرح الكبير (٢٢٤/٥) .

(٤) نهاية المطلب (١١٣/١٢) .

وَلَا يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْ أَبِيهِ وَابْنِهِ الْبَالِغِ ،

وعن القاضي حسين : جواز الجميع .

ولو قال : بما عز وهان . . قال المتولي : هو كقوله : بكم شئت ، وقال العبادي : له البيع بالعرض والغبن ، ولا يجوز بالنسيئة ، قال الرافعي : وهو الأولى^(١) .

قوله : (ولا يبيع لنفسه وولده الصغير) أي : سواء أذن له في ذلك أو لم يأذن على الأصح ؛ لأنه حريص بطبعه على الاسترخاء لهما ، وغرض الموكل الاجتهاد في الزيادة ، فيتنافى الغرضان .

قال في « المهمات » : ومحلّه إذا لم يعين الثمن ، فإن عين . . جاز بلا خلاف ، ذكره القفال في « فتاويه »^(٢) .

قال الزركشي : لكن قال القاضي حسين : فيه وجهان مرتبان وأولى بالصحة ؛ لانتفاء التهمة .

وكذا إذا كان وكيلاً في الشراء . . لا يشتري من نفسه ، ولا مال ابنه الصغير .

والمجنون والسفيه كالصغير .

قوله : (والأصح : أن له أن يبيع من أبيه وابنه البالغ)^(٣) أي : وكذا سائر أصوله وفروعه ومكاتبه ؛ كما يجوز أن يبيع من صديقه ، والثاني : لا يجوز ؛ لأنه متهم .

(١) الشرح الكبير (٢٢٤/٥ - ٢٢٥) .

(٢) المهمات (٥٣٣/٥) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (والأصح : أنه يبيع لأبيه وابنه البالغ) .

وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ ، وَلَا يُسَلَّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ
الثَّمَنَ ،

والوجهان جاريان قدر الثمن أو لا ، ولو صرح له بالبيع منهم . . ارتفع
الخلاف .

قوله : (وأن الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسليم المبيع) أي : إذا كان
بيده ؛ لأنهما من توابع البيع ، والثاني : لا ؛ لعدم الإذن فيهما ، ولا خلاف
أنه يَقْبِضُ وَيُقْبِضُ في الربويات ، ورأس مال السلم ، وأنه لا يقبض المؤجل إذا
حل ، ولا يقبض الثمن ، ولا يسلم المبيع إذا نهاه ، وقيل : تفسد الوكالة إذا
نهاه عن التسليم أو أطلق .

قوله : (ولا يسلمه حتى يقبض الثمن) يعني : إذا جوزنا قبض الثمن . .
لا يسلم المبيع حتى يقبضه ؛ كما لو أذن صريحاً في التسليم وقبض الثمن . .
ليس له أن يسلم ما لم يقبض ، وحمله السبكي على خبره وخبر المشتري
جميعاً .

فرع : الوكيل بالشراء إن لم يسلم الموكل إليه الثمن . . فسيأتي^(١) ، وإن
سلمه إليه واشترى بعينه أو في الذمة . . فهل يسلم الثمن ويقبض المبيع بالإذن
في الشراء ؟ قال في « التتمة » و« التهذيب » : فيه الخلاف في وكيل البائع ،
وقال المصنف : الصحيح : القطع بالجواز ، وبه جزم الأكثرون ، وقال ابن
الصباغ : يسلم الثمن قطعاً ويقبض المبيع في الأصح ؛ كذا في « الروضة » ،
قال في « المهمات » : إن ابن الصباغ ذكر أن الوكيلين يسلمان ، وهل :

(١) أي : في الفصل الآتي عند قول المتن : (وإذا اشترى الوكيل . . طالبه البائع بالثمن إن كان
دفعه إليه الموكل) .

فَإِنْ خَالَفَ . . ضَمِنَ .

وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ . . لَا يَشْتَرِي مَعِيًّا ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي
مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ . . وَقَعَ عَنِ الْمُوَكَّلِ إِنْ جَهِلَ الْعَيْبَ ،

يتسلمان ؟ على وجهين^(١) .

قوله : (فَإِنْ خَالَفَ . . ضَمِنَ) أي : بتسليمه المبيع قبل القبض ؛
لتقصيره ، والأصح : أنه يغرم القيمة يوم التسليم ، فلو غرم ثم قبض الثمن . .
فله حبسه حتى يسترد ما غرم .

فرع : إذا باع بمؤجل حيث يجوز . . سلم المبيع على المذهب ، وإذا حل
الأجل . . لا يقبض الثمن إلا بإذنٍ جديد ؛ كما تقدم^(٢) .

قوله : (وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ . . لَا يَشْتَرِي مَعِيًّا) أي : لا يجوز أن يشتري
معيباً مع العلم بعيبه ، قاله السبكي .

قوله : (فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ . . وَقَعَ عَنِ
الْمُوَكَّلِ إِنْ جَهِلَ الْعَيْبَ) لأنه لا تقصير من الوكيل ؛ لجهله ، ولا ضرر على
المالك ؛ لتخيره .

نعم ؛ إن نصَّ له على السليم . . فيتجه : ألا يقع عنه .

وقوله : (فِي الذِّمَّةِ) قد يوهم أنه إذا اشترى بعين مال الموكل . . لا يقع
له ، وليس كذلك ، بل يقع له أيضاً ، لكن ليس للوكيل الرد على الأصح ، فهو
قيد لنفي ذلك من إطلاقه الآتي^(٣) ، فلو أخره . . كان أولى .

(١) التهذيب (٢١٤ / ٤) ، روضة الطالبين (٥٤١ / ٣) ، المهمات (٥٣٦ / ٥) .

(٢) أي : آنفاً .

(٣) أي : في قول المتن الآتي : (فكل من الوكيل والموكل الرد) ، قال في « بداية المحتاج » =

وَأِنْ عَلِمَهُ . . فَلَا فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهِ . . لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ ، وَإِنْ جَهِلَهُ . . وَقَعَ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُوكِّلِ . . فَلِكُلِّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوكِّلِ الرَّدُّ .

قوله : (وإن علمه . . فلا في الأصح) أي : سواء أساوى ما اشتراه به أم زاد ؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة ، والثاني : يقع عنه ؛ لأنه لا نقصان في المالية ، وقيل : إن كان للتجارة . . وقع له ، وإن كان للقنية . . فلا .

قوله : (وإن لم يساوه . . لم يقع عنه) أي : عن الموكل (إن علمه) لتقصيره (وإن جهله . . وقع في الأصح) كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً ، والثاني : لا ، وصححه الإمام^(١) ؛ لأن مجرد الغبن الفاحش يمنع الوقوع عن الموكل ، والجواب : أن الخيار يثبت في العيب فلا ضرر ، بخلاف الغبن .

قوله : (وإذا وقع للموكل . . فلكل من الوكيل والموكل الرد) أما الموكل . . فلأن الملك له ، والضرر لاحق به ، وأما الوكيل . . فقيل : لا يملك الرد إلا بإذن موكله ، والمشهور : أن له الرد مطلقاً إذا كان جاهلاً بالعيب ، وعلى هذا يسقط خياره برضا الموكل به ، وكذا بتأخيرته هو .

فرع : إذا لم يسم الوكيل الموكل في الشراء ، ولا صدقه البائع في نيته ولم يرد . . فللموكل الرد على الوكيل في الأصح المنصوص ، وقيل : فات الرد ، ويضمن الوكيل أرش العيب من الثمن ، وقيل : قدر نقص قيمته من الثمن .

ولا فرق في جميع ما تقدم بين الوكيل في شراء معين أو موصوفٍ ؛ كما قاله

= (٢٥٦/٢) : (فلو قيد الأخير فقط فقال : « للموكل الرد » وكذا للوكيل إن اشترى في الذمة . . « لكان أحسن ») .

(١) نهاية المطلب (١٢/١٦٢) .

وَلَيْسَ لَوَكِيلٍ أَنْ يُوكَّلَ بِلَا إِذْنٍ إِنْ تَأْتَى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَأْتِ
لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ . . فَلَهُ التَّوَكُّلُ ، وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ الْإِثْبَانِ
بِكُلِّهِ . . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُوكَّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمُمَكِّنِ .

الرافعي^(١) ، وفي « الكافي » : أن الموكل إذا عين الثمن فقال : اشتر هذا
بهذا ، فاشتره ثم وجده معيباً . . فلا رد للوكيل قولاً واحداً .

قوله : (وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتي منه ما وكل فيه) لأن
الموكل لم يرض بتصرف غيره .

نعم ؛ قال الجوري في « شرح المختصر » : لو وكله في قبض دين فقبضه
وأرسله مع بعض عياله إلى الموكل . . لم يضمن ، وإن أرسله مع غيره . .
ضمن .

قوله : (وإن لم يتأت لكونه لا يحسنه أو لا يليق به . . فله التوكيل)
للعرف ، وقيل : لا ؛ لقصور اللفظ .

قوله : (ولو كثر وعجز عن الإتيان بكله . . فالمذهب : أنه يوكل فيما زاد
على الممكن) أي : وفي الممكن وجهان ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه لا ضرورة
إليه ، وقيل : لا يوكل في الممكن وفيما زاد وجهان ، وقيل : وجهان في
الجميع وتوكيله عن موكله ، فلو وكل عن نفسه . . فالأصح من « زوائده » : أنه
لا يصح^(٢) .

وهل المراد بالعجز : ألا يتصور القيام بالجميع مع بذل المجهود ، أو : أنه
لا يقوم به إلا بكلفة عظيمة ؟ وجهان في « النهاية »^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٢٣٣/٥ - ٢٣٤) .

(٢) روضة الطالبين (٥٤٥/٣) .

(٣) نهاية المطلب (٣٩/٧) .

وَلَوْ أَدْنَى فِي التَّوَكُّلِ وَقَالَ : وَكُلُّ عَنْ نَفْسِكَ ، فَفَعَلَهُ . . فَالثَّانِي وَكَيْلُ
الْوَكِيلِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ ، وَإِنْ قَالَ : عَنِّي . . فَالثَّانِي
وَكَيْلُ الْمُوَكَّلِ ،

قوله : (ولو أذن في التوكيل وقال : وكل عن نفسك ، ففعله . . فالثاني
وكيل الوكيل) أي : على الصحيح ؛ لأنه مقتضى الإذن ، فينعزل بعزل الأول
له ، وبانعزال الأول بموت أو غيره ، وقيل : إنه وكيل الموكل ، ومعنى
كلامه : أقم غيرك مقام نفسك .

قوله : (والأصح : أنه ينعزل بعزله وانعزاله) أي : ينعزل الثاني بعزل
الأول له ، وبانعزاله أيضاً ، والخلاف مبني على الخلاف قبله .

وكلام « المنهاج » يوهم : أن كون الثاني وكيل الوكيل مجزوم به ، وليس
كذلك ، وعبرة « المحرر » : (لكن الأصح : أنه ينعزل بعزله)^(١) يريد بعزل
الموكل وإن كان وكيل الوكيل ؛ لأنه فرع الفرع ، وفرع الفرع فرع الأصل
فينعزل بعزله^(٢) .

وقيل : لا ينعزل إلا بعزل موكله وهو الوكيل .

والحاصل : أنهما مسألتان ؛ إحداهما في « المحرر » والأخرى في
« المنهاج » ، لكن ينتقد على « المنهاج » مخالفة أصله ، والجزم بأنه وكيل
الوكيل ، وحكاية الخلاف في انعزاله بعزله ، قاله في « التحرير »^(٣) .

قوله : (وإن قال : عني^(٤) . . فالثاني وكيل الموكل) أي : بحسب

(١) المحرر (٦٦٣/٢) .

(٢) وفي (أ) من قوله : (يريد . . .) إلى : (بعزله) غير موجود .

(٣) تحرير الفتاوى (١١١/٢ - ١١٢) ، الشرح الكبير (٢٣٧/٥) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (وكل عني) .

وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ : وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لَا يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بَانْعِزَالِهِ ، وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّلَ . . يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكَّلَ أَمِينًا

الإذن ، وله عزل أيهما شاء ، وينعزل كل منهما بموت الموكل وجنونه .

قوله : (وكذا لو أطلق في الأصح) لأن توكيله للثاني تصرف تولاه بإذن الموكل فيكون له ، والثاني : أنه وكيل الوكيل ، وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه .

ومحل الوجهين : إذا لم يعين له الوكيل ، صرح به الماوردي ، قال الإمام البلقيني : وكلام الرافعي يشير إليه ، حكاه في « التحرير »^(١) .

وقال الزركشي : طرد السنجي الخلاف في الحاليين ، فجعل في المعين طريقين ، وقال أيضاً : لو تصرف الثالث قبل إذن الثاني له . . هل ينفذ تصرفه ؟ كلام الرافعي يقتضي : أنه لا يصح بعد إذن الثاني^(٢) .

(قلت : وفي هاتين الصورتين) أي : وهما إذا قال : عني ، أو أطلق (لا يعزل أحدهما الآخر ، ولا ينعزل بانهزاله) لأنه ليس وكيلاً عنه .

قال السبكي : أما في الثانية . . فقطعاً ، وأما في الثالثة . . فعلى الأصح ، ولو سكت عن هذا . . لعلم من التفريع ، لكنه زيادة بيان .

قوله : (وحيث جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّلَ . . يشترط أن يوكل أميناً) رعاية لمصلحة الموكل ، وقيل : يجوز أن يوكل فاسقاً .

(١) تحرير الفتاوى (١١٢ / ٢) ، الشرح الكبير (٢٣٧ / ٥) .

(٢) وفي (أ) من قوله : (وقال الزركشي . .) إلى : (إذن الثاني) غير موجود .

إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكَّلُ غَيْرَهُ ، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِيناً فَفَسَقَ . . لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله : (إلا أن يعين الموكل غيره) أي : غير الأمين ، فيوكله ؛ لإذنه فيه .

نعم ؛ لو علم الوكيل فسق المعين وجهله الموكل . . ينبغي أن يأتي فيه خلاف ؛ كما إذا وكله بشراء معين وكان معيباً ، ومقتضى الأصح : أن يعتمد إطلاق الموكل فيجوز ، قاله السبكي .

ومقتضى عبارة المصنف : أنه لو قال : وكل من شئت . . لا يوكل غير الأمين ، لكنذكروا أن المرأة إذا قالت : زوجني ممن شئت . . جاز تزويجها من الأكفاء وغيرهم في الأصح ، وقياسه هنا ؛ كذلك ، قاله الإسني^(١) .

قال ابن العماد : هذا لا يصح ؛ لأن التوكيل هنا في عقد مالي ، والوكيل يتعلق به القبض والإقباض فلا يؤمن أن يفوت المال على المالك ، ولأن بضع المرأة لا يخشى فواته ؛ لأنها تمتنع من التسليم حتى تقبض المهر .

قوله : (ولو وكل أميناً ففسق . . لم يملك الوكيل عزله في الأصح ، والله أعلم) قال السبكي : أطلق الرافي الوجهين ، وصرح المصنف بتصحيح المنع^(٢) ، والذي أقول : أنه حيث جعلناه وكيلاً للوكيل . . فله عزله بكل حال ، وحيث جعلناه وكيلاً للموكل . . فالقول : بأن للوكيل عزله لا وجه له ، ولكن ينبغي أن يكون الوجهان في انعزاله بالفسق ، ويكون الأصح : الانعزال ؛ كالقاضي ، وكعدل الرهن إذا فسق .

(١) المهمات (٥٣٩/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٣٧/٥) ، روضة الطالبين (٥٤٥/٣) .

فصل

قَالَ : بَعِ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ : فِي زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ . . تَعَيَّنَ ، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ .

(فصل)

هذا الفصل للوكالة المقيدة

قوله : (قال : بع لشخص معين ، أو : في زمانٍ أو مكانٍ معين . . تعين) يعني : إذا قال الموكل : بع من زيد ، أو : في يوم الجمعة ، أو : في سوق العطارين . . تعين على الوكيل ذلك ، أما في الشخص والزمان . . فقطعاً ؛ لأنه قد يقصد تخصيصه ، وربما كان ماله أبعد عن الشبهة ، وكذا في المكان إن ظهر غرض ؛ بأن كان الراغبون فيه أكثر ، والنقد أجود ، أو نهاه عن غيره ، فإن لم يكن غرض ظاهر ولا نهاه . . فالأصح في « المحرر » : أنه كذلك ، وصححه من « زوائده »^(١) .

ومعنى تعيين الزمان : أنه لا يجوز قبله ولا بعده .

ولو باع لوكيل ذلك المعين . . ففي « زوائده » عن « البيان » : أنه لا يصح ، قال العراقي : هو في « البيان » في (النكاح) عن الطبري عن الأصحاب ، وفيه بحث^(٢) .

قوله : (وفي المكان وجه إذا لم يتعلق به غرض) نسب إلى النص ، واختاره السبكي ؛ تبعاً لجماعة جزموا به ، قال الزركشي : لم يحك القاضي

(١) المحرر (٦٦٤/٢) ، روضة الطالبين (٥٤٦/٣) .

(٢) روضة الطالبين (٥٥٤/٣) ، تحرير الفتاوى (١١٤/٢) ، البيان (٤١٨/٦) ، (٢٣٧/٩) .

وَأِنْ قَالَ : بَع بِمِئَةٍ . . لَمْ يَبِعْ بِأَقَلِّ ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ إِلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِالنَّهْيِ .

أبو الطيب في « تعليقه » عن الشافعي غيره ، فكان حق المصنف أن يقول : وفي قول .

وجعل الماوردي الخلاف في الأمر ، فإن قال : لا تبعه إلا في هذا المكان . . لم يجز أن يبيعه في غيره ؛ للنهي عنه^(١) ، وعلى هذا إن نقله إلى بلد آخر . . صار ضامناً للسلعة ، وكذا الثمن بعد البيع ، ومحلّه : إذا لم يقدر الثمن ، فإن قدره فباع به في غيره . . صح .

قوله : (وإن قال : بع بمئة . . لم يبع بأقل) ولو بقيراط (وله أن يزيد) أي : في القدر ، وقيل : لا يزيد كما لو زاد في الصفة ؛ بأن قال : بع بمئة مكسرة فباع بمئة صحاح . . فإنه لا يصح .

وقوله : (وله) يشعر بجواز البيع بالمئة وهناك راغب بالزيادة ، والأصح من « زوائده » : المنع^(٢) ؛ لأنه مأمور بالاحتياط .

قوله : (إلا أن يصرح بالنهي) أي : فتمتنع الزيادة ، وقيل : لا ، ولو قال : بع لزيد بمئة . . لم يصح البيع منه بزيادة ؛ لأنه ربما يقصد محاباته ، وهي واردة على حصر المصنف^(٣) .

والشراء كالبيع في جميع ما تقدم ، واستثنى منه في « الروضة » : ما إذا قدر الثمن ونص على البائع . . فإنه يجوز النقص^(٤) ، ولا نظر إلى قصد المحاباة .

(١) الحاوي الكبير (١٨٠ / ٨) .

(٢) روضة الطالبين (٥٤٧ / ٣) .

(٣) أي : على حصره الاستثناء بالنهي . راجع « مغني المحتاج » (٢٥١ / ٣) .

(٤) روضة الطالبين (٥٤٨ / ٣) .

وَلَوْ قَالَ : اشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا ، فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصَّفَةِ ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةً دِينَارًا . لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكَّلِ ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ . فَلَا ظَهْرُ : الصَّحَّةُ وَحُصُولُ الْمَلِكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكَّلِ .

قوله : (ولو قال : اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها ، فاشترى به شاتين بالصفة ، فإن لم تساو واحدة ديناراً . لم يصح الشراء للموكل) أي : وإن ساوى المجموع ديناراً أو زاد عليه ؛ لأن غرضه لم يحصل .

قال الزركشي : هذا إذا اشتراهما صفقة واحدة ، فإن كانتا صفقتين . . فالأولى للموكل .

واحترز بقوله : (ووصفها) : عما إذا لم يصف ، فإن التوكيل لا يصح ، والمعتبر في الوصف ما سبق في التوكيل بشراء عبد^(١) ، قاله الإسني ، وفيه بحث .

قوله : (وإن ساوته كل واحدة . . فالأظهر : الصحة وحصول الملك فيهما للموكل) أي : سواء اشتراهما بعين الدينار أم في الذمة ؛ لحديث عروة بن الجعد البارقى : أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، فجاءه بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه^(٢) .

ولأنه حصل ما طلبه الموكل وزاد خيراً ، فأشبه ما إذا أمره ببيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين .

والثاني : للموكل واحدة والأخرى للتوكيل ، والموكل فيها بالخيار إن شاء . . أقره لوكيله بنصف دينار ، وإن شاء . . انتزعا .

(١) أي : في أوائل (كتاب الوكالة) عند قول المتن : (وإن وكله في شراء عبد . .) إلخ .

(٢) أخرجه البخاري (٣٦٤٢) .

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَأَشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ .. لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكَّلِ ،

هذا إذا اشتراهما الوكيل في الذمة ، فإن اشتراها بعين الدينار وقلنا : توقف العقود على الإجازة ؛ فإن شاء الموكل .. أخذهما بالدينار ، وإن شاء .. اقتصر على واحدة ، ورد الأخرى على المالك .

وإن قلنا : العقود لا توقف .. بطل في إحداهما ، وفي الأخرى قولاً التفريق ، قال المتولي : والأصح : البطلان في الكل ؛ لأنه يؤدي أن يتخير بينهما ، وعندنا : لو اشترى شاة من شاتين على أن يتخير بينهما .. لا يصح . ولو كانت إحداهما تساوي ديناراً دون الأخرى .. فأصح الطريقين : أنه كما لو ساوت كل واحدة ديناراً .

والأظهر : أن بيع الوكيل أحدهما بغير إذن لا يصح ، والحديث محمول على أن عروة كان وكيلاً في الشراء والبيع . وهو أيضاً مرسل احتج به في الشراء ؛ لموافقة القياس^(١) .

وعلى القولين يخرج : ما إذا اشترى شاة بدينارٍ وباعها بدينارين .

ومقتضى كلامه : أن القولين في صحة العقد ، وليس كذلك ، بل العقد صحيح قطعاً ، وإنما هما في الملك لمن يقع ، صرح به في « الأم »^(٢) ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو أمره بالشراء بمعين) أي : كألف (فاشترى في الذمة .. لم يقع للموكل) أي : بل للوكيل إن لم يصرح بالسفارة ، وكذا إن صرح في

(١) قال الحافظ في « التلخيص الحبير » (٣/ ١١ - ١٢) بعد ذكر من قال عنه أنه مرسل :

(قلت : والصواب : أنه متصل في إسناده مبهم) .

(٢) الأم (٥/ ٦١ - ٦١) .

وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ .

الأصح ؛ لأنه أمره بعقد يفسخ بتلف المدفوع حتى لا يطالب الموكل بغيره ، وقد خالفه الوكيل فأتى بعقد لا يفسخ بالتلف ويقتضي المطالبة .

وصورة المسألة : أن يقول : اشتر بعينه ، وعبارة « المحرر » : (بعين مال)^(١) .

فلو قال : اشتر بهذا . . فمقتضاه الشراء بعينها ؛ كما نقله السبكي والإسنوي عن أبي علي الطبري ، وزاد الإسنوي : أن الإمام جزم به^(٢) .

ولو سلم ألفاً وقال : اشتر كذا ، ولم يقل : بعينه ولا : في الذمة . . فالأصح : أن الوكيل مخير بينهما .

قوله : (وكذا عكسه في الأصح) أي : قال له : اشتر في الذمة وسَلِّم الألف في ثمنه ، فاشترى بعينه . . فالأصح : أنه لا يصح ؛ لأنه قصد شراءه على وجه يسلم له وإن تلف الثمن .

والثاني : يقع للموكل ؛ لأنه زاد خيراً حيث لم يلزم ذمته شيئاً .

وإذا اشترى في الذمة كما أمره فتلفت الألف قبل تسليمها بعد الشراء . . فهل ينقلب العقد إلى الوكيل ، أو يبقى للموكل وعليه مثل الألف ، أو يتخير الموكل ؟ أوجه .

ولو تلفت قبل الشراء ثم اشترى . . فيه الوجهان الأولان ، ولو لم يتلف ولكنه سلم غيرها من ماله . . فهو متبرع ، وبرىء الموكل من الثمن ، ولا يرجع عليه بشيء ، ويجب عليه ردّ ماله .

(١) المحرر (٦٦٤ / ٢) .

(٢) نهاية المطلب (٤٣ / ٧) .

وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكَّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوْ الشِّرَاءِ بَعَيْنِهِ . . فَتَصَرَّفُهُ بَاطِلٌ .
 وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكَّلَ . . وَقَعَ لِلْوَكِيلِ ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ
 الْبَائِعُ : بَعْتُكَ ، فَقَالَ : اشْتَرَيْتُ لِفُلَانٍ . . فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ :
 بَعْتُ مُوَكَّلَكَ زَيْدًا ، فَقَالَ : اشْتَرَيْتُ لَهُ . . فَالْمَذْهَبُ : بُطْلَانُهُ .

قوله : (ومتى خالف الموكل في بيع ماله أو الشراء بعينه . . فتصرفه باطل)
 أي : إذا باع مال الموكل على وجه غير المأذون فيه ، أو اشترى بعينه كذلك . .
 لا يصح ؛ لأن الموكل لم يرض بخروج ملكه على ذلك الوجه .

قوله : (ولو اشترى في الذمة) أي : مع المخالفة (ولم يسم الموكل)
 أي : وإن نواه (. . وقع للوكيل) لأنه كالأجنبي يشتري لغيره ولم يسمه ،
 وإنما ينصرف إلى الموكل بالنية بشرط موافقتها إذنه ، وإلا . . فهي لاغية ، قاله
 الزركشي .

وهذا الحكم في المسائل الثلاث على الجديد : أن العقود لا توقف .

قوله : (وإن سماه) أي : لفظاً (فقال البائع : بعتك ، فقال : اشتريت
 لفلان . . فكذا في الأصح) أي : يقع عن الوكيل ، وتلغو التسمية ؛ لأنه
 ما أوجب له .

والثاني : يبطل العقد ؛ لأنه صرح بإضافته إلى الموكل ، وامتنع إيقاعه
 له ، فيلغو .

قال الإسنوي : ولو اشترى بمال نفسه لغيره بإذنه ، وصرح باسمه . .
 فالراجح : صحته ، فإن خالف . . ففي وقوعه عن نفسه الوجهان .

قوله : (ولو قال : بعت موكلك زيدا ، فقال : اشتريت له . . فالمذهب :
 بطلانه) أي : وإن وقع التصرف على وفق الإذن ؛ لأن البائع لم يخاطب

وَيَدُ الْوَكِيلِ أَمَانَةٌ وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَإِنْ تَعَدَّى .. ضَمِنَ

المشتري بالبيع ، والمخاطبة بين المتعاقدين في البيع معتبرة ، بخلاف النكاح يصح من الولي ووكيل الزوج على هذه الصيغة ، بل لا يصح إلا بها .

والصيغة المتفق عليها في البيع : أن يقول البائع : بعتك لموكلتك ، فيقول : اشتريت ، أو يقول الوكيل : اشتريت لموكلي ، فيقول : بعتك .

فلو قال البائع : بعتك ، فقال : اشتريت لموكلي وسماه ، أو اتفقا على أنه يشتريه لنفسه لا للغير ، ثم قال له : بعتك ، فقبل ، ونوى موكله .. فالأصح : الصحة فيهما .

ولو قال : بعتك ، فقال : اشتريت ونوى موكله .. صح ، ولو لم ينو .. وقع له .

وقول المصنف : (فالمذهب) ليس على اصطلاحه ، فإن ابن الرفعة صرح بوجهين ، وعبارة الرافعي : ظاهر المذهب^(١) .

قوله : (ويد الوكيل أمانة^(٢) وإن كان بجعل) لأنه نائب عن المالك ، فإذا تلف في يده بغير تفريط .. لم يضمن ؛ كما لو تلف في يد المالك .

ونبّه بحرف الشرط على قول أبي علي الطبري : أنه على القولين في الأجير المشترك ، وفرق الماوردي ؛ بأن هذه فارقت الإجارة في اللزوم ، وكذا في الضمان^(٣) ، حكاه الزركشي .

قوله : (فإن تعدى .. ضمن) كسائر الأمناء ، ومن التعدي : استعمال

(١) كفاية النبيه (٢٥١/١٠) ، الشرح الكبير (٢٤٨/٥) .

(٢) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (ويد الوكيل يد أمانة) .

(٣) الحاوي الكبير (١٤٥/٨) .

وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ .

وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ ، فَيُعْتَبَرُ فِي الرَّؤْيَةِ ،

العين ، ووضع المال في غير حرزه ، وهل يضمن بتأخير بيع ما وكل في بيعه ؟ وجهان .

ومنه : التصرف في المال على أن يكون قرضاً .

وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه ولا في الذمة ، ولو فعل . . كان ما اشتراه لنفسه .

ولو عادت إليه الدراهم التي تصرف فيها فاشترى بها للموكل . . فعلى الخلاف في انعزاله بالتعدي ؛ فيصح في الأصح ، ولا يكون ما اشتراه مضموناً عليه .

ومتى طالبه الموكل برد ماله . . لزمه التخلية ، وإن امتنع . . ضمن .

قوله : (ولا ينعزل في الأصح) لأن الوكالة إذن في التصرف ، والأمانة حكم يترتب عليه ، ولا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان هذا العقد ؛ كما لا يبطل الرهن بالتعدي .

والثاني : ينعزل ؛ لأنها أمانة فترتفع بالتعدي كالوديعة .

وقطع بعضهم بالأول ، ولهذا عبر في « الروضة » : بـ (المذهب)^(١) .

فعلى الأول : إذا باع وسلم . . زال عنه الضمان ، ولا يكون ضامناً للثمن ، فلورد المبيع عليه بالعيب . . عاد الضمان .

قوله : (وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ،

(١) روضة الطالبين (٣ / ٥٥٤) .

وَلَزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ ، وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ ، حَيْثُ يُشْتَرَطُ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكَّلِ .

وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ . . طَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكَّلُ ، وَإِلَّا . . فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا ، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ . . طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتْهُ ، أَوْ قَالَ : لَا أَعْلَمُهَا ،

ولزوم العقد بمفارقة المجلس ، والتقابض في المجلس ، حيث يشترط الوكيل دون الموكل (لأن الوكيل هو العاقد حقيقة .

وهكذا الفسخ بخيار المجلس ، وخيار الرؤية إن جوزنا بيع الغائب ، حتى لو أراد الموكل الإجارة . . كان للوكيل الفسخ ، بخلاف خيار العيب فإنه لا رد للوكيل إذا رضي الموكل ؛ لأنه لدفع الضرر عن الملك ، وليس متعلقاً بالمتعاقدين .

وإذا اشترى لموكله ما وكل فيه بعين مال الموكل . . فلا خلاف أنه يقع للموكل ابتداء ، وإن اشترى بضمن في الذمة . . فالأصح : أنه يقع للموكل ابتداء .

قوله : (وإذا اشترى الوكيل . . طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل) أي : سواء اشترى بعينه أم في الذمة ؛ لأن أحكام العقد تتعلق به . والمذهب : أن البائع يطالب الموكل وإن كان قد سلم الثمن إلى الوكيل . قوله : (وإلا . . فلا) أي : وإن لم يدفع إليه الثمن . . فلا يطالبه (إن كان الثمن معيناً) لأنه ليس في يده .

قوله : (وإن كان في الذمة . . طالبه إن أنكر) أي : البائع (وكالته ، أو قال : لا أعلمها) لأن العقد معه ، والأصل : عدم الوكالة ، فالظاهر : أنه اشترى لنفسه .

وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا . . طَالَبُهُ أَيْضاً فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكَّلَ ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكَّلُ كَأَصِيلٍ .

وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقّاً . . رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ اعْتَرَفَ بِوِكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ .

قُلْتُ : وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ابْتِدَاءً فِي الْأَصَحِّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله : (وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا . . طَالَبُهُ أَيْضاً فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكَّلَ ، ويكون الوكيل كضامنٍ ، والموكل كأصيل) لأن العقد للموكل والوكيل قابل ، فألزمناهما ، وخيرنا البائع في مطالبة من شاء منهما ، والوكيل كالضامن في الرجوع والمطالبة .

والثاني : أن المطالب الموكل ، لا غير ؛ لأن الوكيل سفير .

والثالث : الوكيل لا غير ؛ لتعلق الأحكام به .

والمشهور : أنه لا فرق في جريان الأوجه بين أن يصرح بالسفارة ، أو لا .

قوله : (وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقّاً . . رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ اعْتَرَفَ بِوِكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، قلت : وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداءً في الأصح ، والله أعلم) أفادت الزيادة تخيير المشتري في مطالبة من شاء منهما ، وهي الأوجه السابقة ؛ كما قاله الرافعي^(١) .

وقرار الضمان على الموكل ، وقيل : على الوكيل ، وقيل : من غرم منهما . . استقر الضمان عليه .

(١) الشرح الكبير (٢٥١/٥) .

فصل

الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ،

وهذا الخلاف أيضاً في وكيل الشراء إذا تلف المبيع في يده ثم ظهر استحقاقه ، فللبائع مطالبة من شاء من الموكل والوكيل على الأصح .

فإن ظهر الاستحقاق بعد تسليم الوكيل الثمن . . ففي مطالبة الوكيل للبائع بالثمن أوجه ؛ أصحها عند الماوردي : أنه إن استحق من يد الوكيل قبل وصوله إلى الموكل . . فله المطالبة ، وإن استحق من يد الموكل . . فلا ؛ لأن بحصوله في يد الموكل انقضت وكالته^(١) .

(فصل)

[في بيان جواز الوكالة ، وما تنفسخ به ،

وتخالف الوكيل والموكل ، وغير ذلك]

(الوكالة جائزة من الجانبين) أي : جانب الموكل والوكيل ؛ لأن لزومها يضرهما ، فلكل منهما فسخها ، فلو شرطاً لزومها . . بطلت ، قال الزركشي :
قاله الصيمري وغيره .

ولا فرق بين أن يكون بصيغة الإذن أو التوكيل ، ولا بين أن يتعلق بثالث أو لا ، ولا بين أن يكون بجعل أو لا .
نعم ؛ إن كان الجعل معلوماً واجتمعت شروط الإجارة وعقد بصيغتها . . فهو لازم .

وإن عقد بلفظ الوكالة . . قال الرافعي : يمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها ، قال في « التحرير » : وجزم به في « البحر » فحكي

(١) الحاوي الكبير (١٩٥ / ٨) .

فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكَّلُ فِي حُضُورِهِ ، أَوْ قَالَ : رَفَعْتُ الْوَكَالَهَ ، أَوْ : أَبْطَلْتُهَا ،
أَوْ : أَخْرَجْتُكَ مِنْهَا . . انْعَزَلَ .

فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ . . انْعَزَلَ فِي الْحَالِ ، وَفِي قَوْلٍ : لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ
الْخَبَرُ .

وجهين في هذه الصورة ، هل هي جائزة أو لازمة^(١) ؟

قوله : (فإذا عزله الموكل في حضوره ، أو قال : رفعت الوكالة ، أو :
أبطلتها ، أو : أخرجتك منها . . انعزل) يعني : أن الوكيل ينعزل بأسباب ؛
منها : عزل الموكل إياه في حضرته بلفظ العزل ، وبباقى الألفاظ ، ومثله :
فسختها ، وما في معناه ؛ لأنها إما عقد جائز . . فينفسخ بالفسخ ، وإما إذن . .
فيبطل بالرجوع .

وقوله : (في حضوره) كان ينبغي تأخيرها عن بقية الألفاظ ؛ لأن منها :
(أخرجتك) .

قوله : (فإن عزله وهو غائب . . انعزل في الحال) لأنه رفع عقد لا يحتاج
فيه إلى الرضا فلم يحتاج إلى العلم ؛ كالطلاق ، وكما لو جن الموكل . . ينعزل
الوكيل وإن لم يعلم .

(وفي قولٍ : لا حتى يبلغه الخبر) لأن نفوذ العزل قبل بلوغه يسقط الثقة
بتصرفه ، والخلاف جار في القاضي ، لكن الأصح فيه : عدم الانعزال .

فعلى الأول : تصرف الوكيل باطل ، لكن لا يصدق الموكل في العزل إلا
ببينة ، أو تصديق مَنْ تعلق حقه بالتصرف ، وعلى الثاني : فالمعتبر خبر من
تقبل روايته .

(١) الشرح الكبير (٢٥٦/٥) ، تحرير الفتاوى (١٢٠/٢) ، بحر المذهب (١٥٦/٨) .

وَلَوْ قَالَ : عَزَلْتُ نَفْسِي ، أَوْ : رَدَدْتُ الْوَكَالََةَ . . انْعَزَلَ .
وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتِ أَوْ جُنُونِ ، وَكَذَا إِغْمَاءُ
فِي الْأَصَحِّ ، وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ الْمُوَكَّلِ .

قوله : (ولو قال : عزلت نفسي ، أو : رددت الوكالة . . انعزل) وكذا كل
ما في معناه سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً^(١) ، وقيل : إن كانت صيغة
الموكل أمراً ؛ كعب ، وأعتق . . لم ينعزل بعزله نفسه .

قوله : (وينعزل بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت أو جنون)
للخروج عن الأهلية ، وقال في « المطلب » : إن الموت ليس بعزل ، بل
انتهت الوكالة به ؛ كما في النكاح .

قوله : (وكذا إغماء في الأصح) قياساً على الجنون .
والثاني : لا ينعزل ، وصححه السبكي تبعاً للغزالي^(٢) وغيره .
ويحصل العزل أيضاً بطريان الرق ؛ كما إذا وكل حربياً فاسترق ، وبطريان
حجر السفه والفلس في كل تصرف لا ينفذ منهما .

قوله : (وبخروج محل التصرف عن ملك الموكل) أي : كبيعه ، أو
إعتاقه ، أو وقفه ما وكل في بيعه ، وكذا إجارته وإن جوزنا بيع المستأجر .

روى البيهقي : أن رجلاً أمر آخر أن يبيع أمة ، ثم بدالها وأعتقها ، ثم بيعت
الجارية ، فقضى عمر رضي الله عنه بعتقها وبرد ثمنها^(٣) ، وهو دليل على
الانعزال الضمني .

(١) وفي (أ) قوله : (سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً) غير موجود ، وزيد في (ب) (تصحيحاً) .

(٢) الوسيط (١٩١/٢) .

(٣) السنن الكبير (١١٥٥٥) عن محمد بن زيد رحمه الله تعالى .

وإنكار الوكيل الوكالة لِنسيانٍ أو لغرضٍ في الإخفاء لئس بعزلٍ فإن تعمّد
ولا غرض.. انعزل .

وإذا اختلفا في أصلها ، أو صفتها ؛ بأن قال : وكلّني في البيع نسيئة ،
أو الشراء بعشرين ، فقال : بل نقداً ، أو بعشرة.. صدّق الموكل بيمينه .

قوله : (وإنكار الوكيل الوكالة لِنسيانٍ أو لغرضٍ في الإخفاء ليس بعزل ،
فإن تعمّد ولا غرض.. انعزل) لأنه معذور في القسم الأول دون الثاني ،
وقيل : ينعزل مطلقاً ، وقيل : لا مطلقاً ، والخلاف جارٍ في إنكار الموكل .

يستثنى : ما لو ادعى عليه بحق على موكله فأنكر فقامت البينة بقبوله .. فإنه
لا ينعزل ؛ ولا يندفع عنه الخصومة إلا أن يعزل نفسه ، حكاه الزركشي عن
الجوري .

قوله : (وإذا اختلفا في أصلها) بأن قال : وكلني في كذا^(١) ، فقال :
ما وكلتك .

وصورتها بعد التصرف ؛ كما لو اشترى أو باع ؛ لتعلق حق الغير به ..
فيخاصمه ، ويحلف المدعي عليه ، أما قبل التصرف.. فلا فائدة في
الخصومة ؛ لأنه بالإنكار ينعزل ، حكاه الزركشي عن الفارقي .

قوله : (أو صفتها ؛ بأن قال : وكلّني في البيع نسيئة ، أو : الشراء
بعشرين ، فقال : بل نقداً أو بعشرة.. صدّق الموكل بيمينه) لأن الأصل في
الأولى : عدم الإذن ، وفي الثانية : عدم ما يدعيها الوكيل ، ولأن من كان
القول قوله في شيء.. كان القول قوله في صفته .

(١) وفي (أ) : (وكلني بكذا) .

وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكَّلَ أَمَرَهُ ، فَقَالَ : بَلْ بِعَشْرَةٍ وَحَلَفَ ؛ فَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْمُوَكَّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ أَوْ قَالَ بَعْدَهُ : اشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ وَالْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ . . فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ . . حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ وَوَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ،

قوله : (ولو اشترى جارية بعشرين وزعم أن الموكل أمره ، فقال : بل بعشرة)^(١) يعني : قال الموكل : أذنت في عشرة (وحلف ؛ فإن اشترى بعين مال الموكل وسماه في العقد ، أو قال بعده) أي : بعد العقد الذي وقع الشراء فيه بالعين ولم يسم الموكل (اشتريته لفلان والمال له ، وصدقه البائع) أي : في كونه وكيلاً ، وفي كون المال لغيره (. . فالبيع باطل) لأنه ثبت بتسميته في الصورة الأولى ، وبتصديق البائع في الثانية : أن المال والشراء لغيره ، وثبت بيمين من له المال : أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل ، والشراء بعين مال الغير بغير إذنه باطل ، وهكذا لو قامت بينة بالشراء بعين مال الموكل .

وإذا بطل . . فالجارية للبائع ، وعليه رد ما أخذ .

وصورة المسألة : أن تساوي الجارية عشرين فأكثر ؛ لأنها إذا كانت أقل . . لا ينفذ العقد في حق الموكل ؛ لأن الوكيل لا يشتري بالعين ، حكاة الزركشي عن المتولي .

قوله : (وإن كذبه . . حلف على نفي العلم بالوكالة ، ووقع الشراء للوكيل) يعني : إذا كذب البائع الوكيل ، وقال : إنما اشتريت لنفسك والمال لك ، ولا بينة . . حلف البائع على نفي العلم بالوكالة ، ويقع الشراء للوكيل في الظاهر ، فيسلم الثمن المعين للبائع ، ويغرم مثله للموكل .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (بل في عشرة) .

وَكَذَا إِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكَّلَ ،

فلو صدقه في الوكالة وقال : إنما اشتريتَ بمالك .. حلف على نفي العلم
بكون المال للموكل ؛ كما دل عليه كلام القاضي حسين .

تنبيه : اعترض في « المهمات » على حلف البائع على نفي العلم ؛
بأن الحلف يكون على حسب الجواب وهو لم يُجِبْ بنفي العلم ، بل
بالبت^(١) .

قال ابن العماد : لما ادعى الوكيل ثبوت الوكالة ، وأنه اشترى لزيد بعين
ماله ، وقال البائع : إنما اشتريتَ لنفسك والمال لك .. كان ذلك مستلزماً
لنفي ، وكأنه قال : لم يوكلك زيد ولم يعطك مالاً ، وإذا كان الإثبات في معنى
النفي .. حلف على نفي العلم .

واعترض أيضاً : بأنه كيف يصح الاقتصار في الحلف على نفي العلم
بالوكالة مع أنه لو أنكر الوكالة واعترف بأن المال لغيره .. كفى في إبطال
العلم ؟! فينبغي أن يحلف على نفي العلم^(٢) فيهما جميعاً^(٣) .

ورده ابن العماد : بأن الاعتراف بكون المال لزيد لا يستلزم صحة الشراء
له ، وإنما حلف على نفي العلم بالوكالة خاصة ؛ لأنها على خلاف الأصل ،
والمال للوكيل بمقتضى الأصل وهو : ثبوت يده عليه ، فلم تقبل دعواه أنه
للغير بما يبطل به حق البائع .

قوله : (وكذا إن اشترى في الذمة ولم يسم الموكل) أي : ولكن نواه ..
فإن الشراء يقع للوكيل ظاهراً .

(١) المهمات (٥٦٢/٥) .

(٢) وفي (أ) قوله : (بالوكالة مع أنه ...) إلى قوله : (نفي العلم) غير موجود .

(٣) المهمات (٥٦٢/٥) .

وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ . . بَطَلَ الشَّرَاءُ .
وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشَّرَاءِ لِلْوَكِيلِ . . يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالْمُوكَّلِ
لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ : إِنْ كُنْتُ أَمَرْتُكَ بِعَشْرِينَ . . فَقَدْ بَعْتُكَهَا بِهَا ، وَيَقُولُ هُوَ :
اشْتَرَيْتُ ؛ لِتَحِلَّ لَهُ .

قوله : (وكذا إن سماه وكذبه البائع في الأصح) أي : إن قال : أنت مبطل
في تسميته . . فيكون كما لو قال : اشتريت لزيد وليس وكيلاً عنه ، والأصح :
صحته للوكيل ، والثاني : يبطل الشراء من أصله .

قوله : (وإن صدقه . . بطل الشراء) لاتفاقهما على أن الشراء للغير ، وقد
ثبت بيمين ذلك الغير : أنه لم يأذن فيه .

قوله : (وحيث حكم بالشراء للوكيل) وذلك في ثلاث صور : أن يشتري
بالعين ويكذبه البائع ، أو : يشتري في الذمة ولا يسمي الموكل ، أو : يسميه
ويكذبه البائع في الأصح .

قوله : (يستحب للقاضي أن يرفق بالموكل) أي : يتلطف به (ليقول
للوكيل : إن كنت أمرتك بعشرين . . فقد بعْتُكَهَا بِهَا ، ويقول هو : اشتريت ؛
لتحل له) أي : في الباطن ، ذكر المزماني ذلك بلفظ التعليق^(١) .

قال الأئمة : فإن قال الموكل : بعْتُكَهَا بِعَشْرِينَ ، فقال : اشتريت . .
صارت الجارية له ظاهراً وباطناً ، وإن علق . . فكذلك في الأصح ؛ كما لو
قال : هذا عن زكاة مالي الغائب إن كان سالماً ، يجزئه .

وما ذَكَرَهُ^(٢) من الملاطفة لا يجب على الحاكم ؛ كما أفهمه ،

(١) مختصر المزماني (ص : ١٥٨) .

(٢) وفي (ب) : (وما ذَكَرَ) .

وَلَوْ قَالَ : أَتَيْتُ بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . . . صُدِّقَ الْمُوَكَّلُ ، وَفِي قَوْلٍ : الْوَكِيلُ .

وَقَوْلُ الْوَكِيلِ فِي تَلْفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ ،

ولا على البائع أن يجيبه إليه .

فإن لم يجب وكان الوكيل صادقاً . . فهو كمن ظفر بغير جنس حقه ، وكذا لو كان كاذباً ولكن وقع الشراء للعين ؛ لأن الجارية في الأول للموكل ، وفي الثاني : للبائع ، وكل منهما قد أخذ منه ما لا يستحقه .

والاقتصار على ملاطفة الموكل محله : فيما إذا اشترى في الذمة وسماه وكذبه البائع ، أو لم يسمه .

أما إذا اشترى بالعين وكذبه ؛ فإن كان الوكيل صادقاً . . فالملك للموكل ، وإلا . . فلبائع ، فينبغي أن يرفق الحاكم بهما جميعاً .

قوله : (ولو قال : أَتَيْتُ بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . . . صدق الموكل) يعني : إذا وكله ببيع أو هبة ، فقال الوكيل : تصرفت كما أذنت ، وقال الموكل : لم تتصرف بعد . . فالأظهر : أن القول قول الموكل ؛ لأن الأصل عدم التصرف وبقاء الملك .

قوله : (وفي قول : الوكيل) لأن الموكل قد ائتمنه فعليه تصديقه ؛ ولأنه مالك لإنشاء التصرف فيملك الإقرار به .

ومحل الخلاف في دوام الوكالة ، فإن كان بعد انعزال الوكيل . . لم يقبل قوله إلا ببينة ؛ لأنه غير مالك للتصرف حينئذ .

قوله : (وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه) أي : إذا أطلق التلف ، ولا ضمان ، فإن أسنده إلى سبب . . فلا بد من التفصيل المذكور في

وَكَذَا فِي الرَّدِّ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ . . فَلَا .
وَلَوْ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكَّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ

(الودیعة)^(١) كما أشار إليه الرافعي في كتاب (الرهن)^(٢) .

ومقتضى إطلاق الكتاب وكلام « الروضة » و « أصلها » : الجزم بقبول قول
الوكيل في التلف وإن كان بجعل ، قال في « المهمات » : وحكي عن أبي علي
الطبري فيه الخلاف في الرد^(٣) .

قوله : (وكذا في الرد) أي : على موكله ؛ لأنه مؤتمن من جهته لا يضمن
العين عند التلف ، فكان القول قوله في الرد على من ائتمنه ؛ كالمودع
(وقيل : إن كان بجعل . . فلا) لأنه قبض العين لغرض نفسه في الأجرة .

وقال في « المطلب » : الخلاف فيما قبل العزل ، أما بعده . . فلا يقبل
قطعاً ، ومقتضى إطلاق الرافعي والمصنف وإطلاقه في « الكفاية » : أنه
لا فرق^(٤) .

وفي « التحرير » : سئل الإمام البلقيني عن ضمن لشخص مالا في ذمة
آخر ، ثم وكله المضمون له في قبضه من المضمون عنه ، فقبضه وادعى رده
على المضمون له ، فأجاب : بأنه يصدق في الرد ؛ لأنه ثبت قبضه إما بيينة وإما
بتصديق الموكل ، ولأن الموكل سلطه على ذلك^(٥) .

قوله : (ولو ادعى الرد على رسول الموكل وأنكر الرسول . .

(١) أي : في آخر (كتاب الودیعة) عند قول المتن : (وإن ادعى تلفها . .) إلخ .

(٢) الشرح الكبير (٥٠٩ / ٤) .

(٣) روضة الطالبين (٥٦٨ / ٣) ، الشرح الكبير (٢٦٥ / ٥) ، المهمات (٥٦٤ / ٥) .

(٤) الشرح الكبير (٢٦٥ / ٥) ، روضة الطالبين (٥٦٨ / ٣) ، كفاية النيه (٢٩٤ / ١٠) .

(٥) تحرير الفتاوي (١٢٧ / ٢) .

صُدِّقَ الرَّسُولُ ، وَلَا يُلْزَمُ الْمُوَكَّلُ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ .
 وَلَوْ قَالَ : قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلَفَ ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . . صُدِّقَ الْمُوَكَّلُ إِنْ كَانَ
 قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ ، وَإِلَّا . . فَاَلْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ .
 وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَالَ : قَضَيْتُهُ ، وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ . . صُدِّقَ . . .

صدق الرسول (أي : بيمينه بلا خلاف ؛ لأنه لم يأت منه .
 قوله : (ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح) لأنه يدعي الرد
 على من لم يأت منه ، فليقم البينة عليه ، والثاني : يلزمه تصديقه ؛ لأنه معترف
 بالإرسال ، ويدرسوله كيده ، فكأنه يدعي الرد عليه .

قوله : (ولو قال : قبضت الثمن وتلف ، وأنكر الموكل . . صدق الموكل
 إن كان قبل تسليم المبيع) لأن الأصل بقاء حقه .
 وصورة المسألة : ما إذا وكله في البيع وقبض الثمن ، أو في البيع مطلقاً ،
 وجوزنا له قبض الثمن واتفقا على البيع .

قوله : (وإلا . . فالوكيل على المذهب) لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة
 بتسليم المبيع قبل قبض الثمن حتى يلزمه الضمان ، والوكيل ينكره ، فأشبهه
 ما إذا قال الموكل : طالبْتُكَ برد المال الذي دفعته إليك فامتنعتَ بلا عذرٍ إلى
 أن تلف ، وأنكر الوكيل ذلك . . فإن القول قوله .

وإذا صدقنا الوكيل فحلف . . ففي براءة المشتري وجهان ؛ أحدهما عند
 الإمام والقاضي حسين : يبرأ^(١) .

قوله : (ولو وكله بقضاء دين ، فقال : قضيته ، وأنكر المستحق . . صدق

(١) نهاية المطلب (٤١ / ٧) .

الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ ، وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ إِلَّا بَيِّنَةً .
وَقِيمُ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ . . يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى
الصَّحِيحِ .

المستحق بيمينه) لأنه لم يأتمن الوكيل حتى يلزمه تصديقه ، والأصل عدم
الدفع ، فإذا حلف . . طالب الموكل بحقه ، وليس له مطالبة الوكيل .
قوله : (والأظهر : أنه لا يصدق الوكيل على الموكل إلا بينة) لأنه أمره
بالدفع إلى من لم يأتمنه فكان من حقه الإشهاد ، والثاني : يصدق ؛ لأنه أئتمنه
فأشبهه ما إذا ادعى الرد عليه .

فعلى الأول : إن دفع بحضرة الموكل . . فلا رجوع للموكل عليه في
الأصح ، وإن دفع في غيبته . . فله الرجوع صدقه الموكل على الدفع أو لا .
ولو قال الوكيل : دفعت بحضرتك . . فالقول قول الموكل بيمينه ، وإن
كان قد أشهد فمات الشهود أو جُثُوا أو غابوا . . فلا رجوع ، وإن أشهد واحداً
أو مستورين فبانا فاسقين . . ففيه الخلاف في (الضمان)^(١) .

قوله : (وقيم اليتيم إذا ادعى دفع المال إليه بعد البلوغ) أي : والرشد
(يحتاج إلى بينة على الصحيح) لأنه لم يأتمنه ، وقد قال تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ
إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [النساء : ٦] ، والثاني : لا يحتاج ؛ لأنه أمين .
وظاهر عبارة الكتاب : أنه أراد منصوب القاضي ، والرافعي ذكر الوجهين
فيه وفي الوصي^(٢) .

أما الأب والجد . . فنقل الإسنوي عن « المطلب » : أن المشهور فيهما
عدم القبول . انتهى

(١) أي : الخلاف في رجوع الضامن على الأصل ، راجع آخر (باب الضمان) .

(٢) الشرح الكبير (٢٦٨ / ٥) .

(١) التنبيه (ص: ٧٢) ، كفاية النبيه (١٠/٢٥) .

أَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ إِلَّا بَيِّنَةٌ عَلَى وَكَالَتِهِ ، وَلَوْ قَالَ : أَحَالَنِي عَلَيْكَ ، وَصَدَّقَهُ . .
وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ : وَإِنْ قَالَ : أَنَا وَارِثُهُ ،

أنه لا يلزمه إلا بينة على وكالته (لاحتمال إنكار الموكل ، وقيل : يلزمه ؛
لاعترافه باستحقاقه الأخذ ، فإن دفع إليه بعد ما صدقه اختياراً ، أو بالإلزام ثم
حضر المستحق وأنكر الوكالة . . فالقول قوله بيمينه .

فإذا حلف ؛ فإن كان الحق عيناً . . أخذها ، فإن تلفت . . غرم من شاء
منهما ولا رجوع للغارم على الآخر ؛ لأنه مطلوب بزعمه ، ولا يرجع المظلوم
إلا على ظالمه ، وإن كان ديناً . . طالب الدافع بحقه ولا يطالب القابض .

فرع : إن لم يصدقه . . لم يكلف الدفع قطعاً ، فإن دفع وحضر المستحق
وحلف على نفي الوكالة . . غرم الدافع ، وله أن يرجع على القابض ديناً كان أو
عيناً ؛ لأنه لم يصرح بصدقه ، وإنما اعتمد ظاهر قوله .

قوله : (ولو قال : أحالني عليك ، وصدقه . . وجب الدفع في
الأصح^(١)) لاعترافه بانتقال الحق إليه ، والثاني : لا ؛ لاحتمال إنكار صاحب
الحق ، فعلى الأصح : للمدعي تحليفه إذا كذبه ولا بينة ، وإلا . . فلا في
الأصح .

(قلت : وإن قال : أنا وارثه) أي : وقال : لا وارث له غيري ، قال في
« المهمات » : صرح به في « الشامل »^(٢) ، قال ابن العماد : لا حاجة إليه ؛

(١) وفي (أ) : (على الأصح) .

(٢) المهمات (٥٦٦/٥) ، وفي المطبوع منه : (كذا صرح به في « الكفاية ») ، وفي « تحفة
المحتاج » (٥٩٤/٥) : (كما في « الشامل » وغيره) ، وفي « نهاية المحتاج »
(٦٤/٥) : (كما في « الكفاية » و« الشامل » وغيرهما) .

وَصَدَّقَهُ . . وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

لأن قوله : أنا وارثه . . تصريح بأنه حائز ؛ إذ لو كان معه غيره . . لقال : أنا من ورثته .

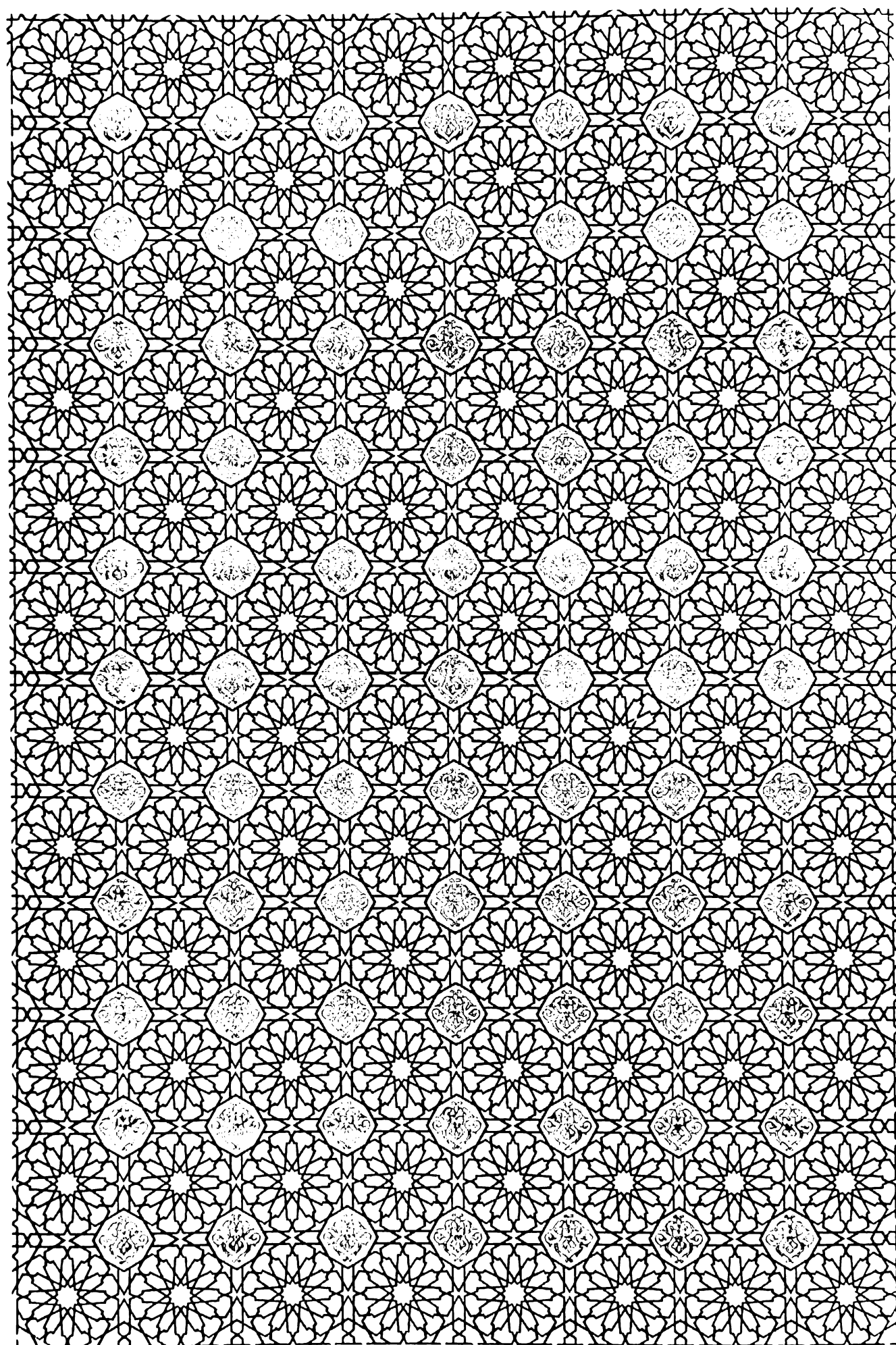
قوله : (وصدقه) أي : في الموت والإرث (. . وجب الدفع على المذهب ، والله أعلم) لاعترافه بانتقال الحق ويأسه عن الإنكار ، وقيل : قولان .

ولو قال : مات فلان وله عندي كذا وهذا وصيه . . فهو كقوله : وارثه ، ولو قال : أوصى به له . . فهو كإقراره بالحوالة .

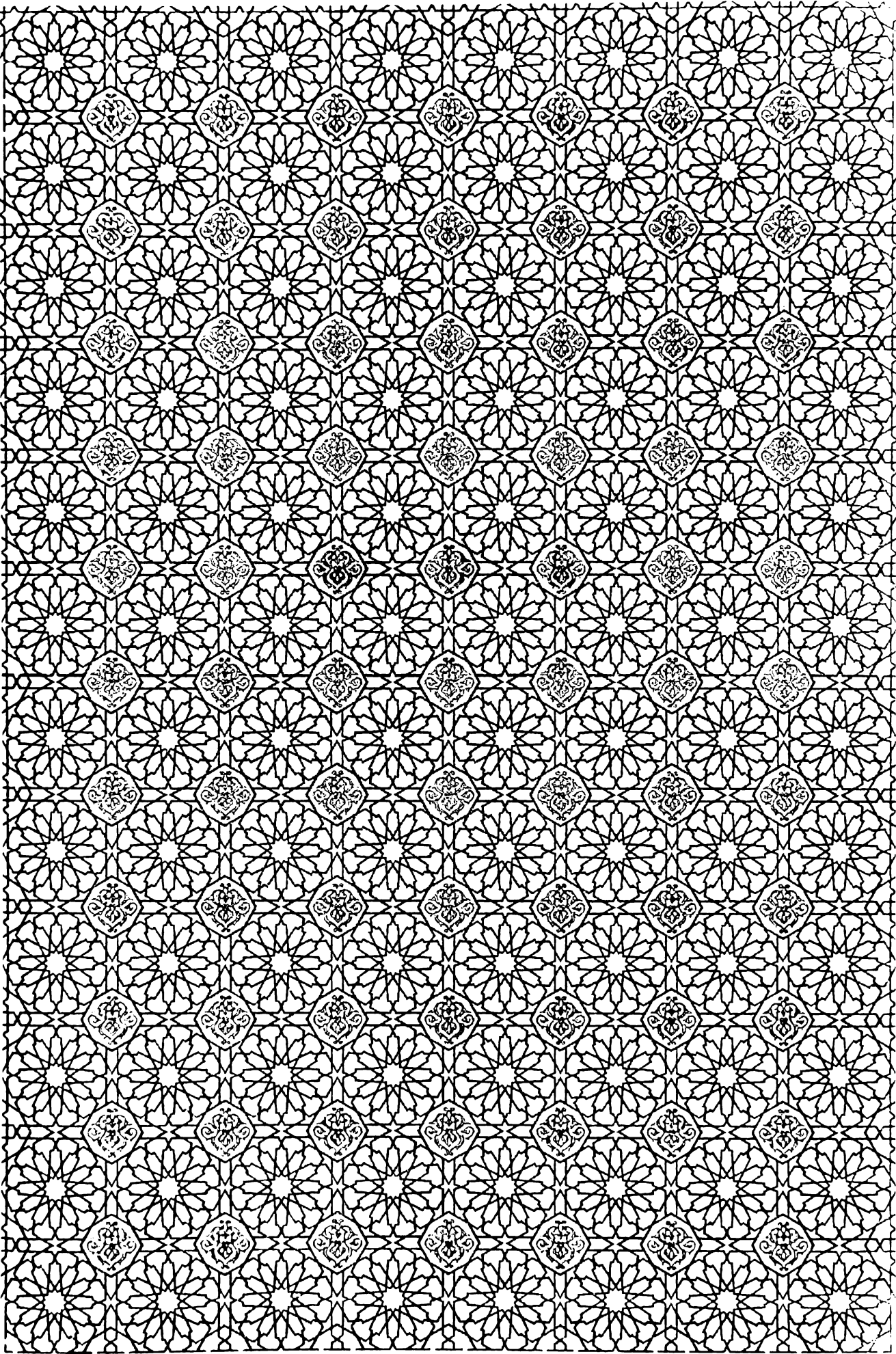
وإذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي ، أو لم نوجب فدفع ، ثم بان حياة المستحق وغرم الدافع . . فله الرجوع على المدفوع إليه .

ولو جحد الحوالة . . فكجحد الوكالة .

* * *



كتاب الإقرار



كِتَابُ الْإِقْرَارِ

يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ ،

(كتاب الإقرار)

قال الله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾ [النساء : ١٣٥]

قال المفسرون : شهادة المرء على نفسه هو الإقرار .

وأدلته كثيرة^(١) ، والإجماع عليه ، والقياس .

وهو في اللغة : الإثبات من قولهم : قرَّ الشيء قراراً : إذا ثبت ، وفي

الاصطلاح : إخبار عن حق سابق ؛ أي : على المخبر .

قوله : (يصح من مطلق التصرف) يعني : البالغ العاقل رجلاً كان أو

امرأة ، مسلماً كان أو كافراً ، عدلاً كان أو فاسقاً ، فيصح إقراره بكل ما يقدر

على إنشائه ، إلا الوكيل بالتصرف لا يقر به على الأصح ، وولي الثيب لا يقر

بنكاحها .

واستثني من العكس - وهو : أن من لا يقدر على الإنشاء لا يقدر على

الإقرار - : إقرار المرأة بالنكاح ، والمجهول بالحرية أو الرق أو بالنسب ،

والمفلس ببيع الأعيان ، والأعمى بالبيع ، والوراث بدين على مورثه ، وإقرار

المريض لوارثه بأنه كان وهبه وأقبضه في الصحة ، فكل هؤلاء يصح إقرارهم

ولا يقدر على إنشاء ما أقروا به .

(١) منها : خبر الشيخين : عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما : « اغْدُ يَا أُنَيْسُ

إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ .. فَارْجُئْهَا » . صحيح البخاري (٢٣١٤ ، ٢٣١٥) ، صحيح

مسلم (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) .

وإِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَأَغٍ ، فَإِنْ ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالْاِحْتِلَامِ مَعَ الْإِمْكَانِ . .
صُدَّقَ وَلَا يُحْلَفُ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ بِالسَّنِّ . . طُولِبَ بَيِّنَةٌ .

قوله : (وإقرار الصبي والمجنون لأغ) كتصرفهما ، وزائل العقل بما يُعْذَرُ فيه كالمجنون ، وإلا . . فالأظهر : قبول إقراره .

قوله : (فإن ادعى البلوغ بالاحتلام مع الإمكان) أي : إمكان البلوغ (. . صدق ولا يحلف) لأنه لا يعرف إلا من جهته ، فأشبه ما لو علق العتق بمشيئة غيره فقال : شئت . . فإنه يصدق بلا يمين .

ودعوى الجارية الحيض كدعوى الاحتلام .

قوله : (وإن ادعاه بالسَّنِّ . . طولب بينة) لإمكان إقامتها ، وقيل : يقبل قوله أيضاً ، وكذا إن كان غريباً خامل الذكر في أظهر احتمالات الإمام^(١) .

فرع : لو ادعى أنه لم يبلغ وقد صدر منه إقرار ونحوه . . فالمنصوص : قبول قوله ، وقال صاحب « التنبيه » والجرجاني وغيرهما : بغير يمين^(٢) ، وعلى المدعي البينة أنه بالغ .

قال السبكي : لا شك فيه إذا لم يكن إنبات ؛ لأنه لا دليل على البلوغ ، ولا فائدة في تحليفه .

أما إذا أنبت وقلنا الإنبات علامة لا بلوغ . . فينبغي أن لا يقبل قوله إلا بينة كما في الجزية ، وإنما أطلق الأصحاب قبول قوله ؛ لأنه ليس علامة في حق المسلم .

(١) نهاية المطلب (٧/١٠٠-١٠١) .

(٢) التنبيه (ص : ١٦٤) ، التحرير (١/٣٣٤) .

وَالسَّفِيهُ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا .
وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ ، وَلَوْ أَقَرَّ بَدَيْنِ جِنَايَةٍ لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً
فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ . . تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ ،

قوله : (والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما)^(١) وجزم الرافعي هنا :
بأن إقرار السفیه بالنكاح باطل ؛ لأنه لا يستقل به ، وفي « التهذيب » : أنه
يقبل^(٢) ، ويقبل إقرار المرأة بالنكاح سفیهة كانت أو رشيدة .

قوله : (ويقبل إقرار الرقيق بموجب عقوبة) هو بكسر الجيم ؛ أي : بما
يوجب عقوبة ؛ كالزنا وشرب الخمر والسرقة والقذف ، وما يوجب القصاص
في النفس أو الطرف ، خلافاً للمزني ؛ لأن علياً رضي الله عنه قطع عبداً
بإقراره ، ولم ينكره أحد^(٣) .

فلو عفا مستحق القصاص على مالٍ . . تعلق برقبة العبد في الأصح وإن كذبه
السيد ؛ لأنه إنما أقر بالعقوبة ووجب المال بالعفو ، ولو أقر بسرقة توجب
القطع . . قبل فيه ، ولا يقبل في المال على الأظهر .

قوله : (ولو أقر بدين جنائية لا توجب عقوبة) أي : كغصب أو إتلاف ،
أو سرقة لا توجب القطع (فكذبه السيد . . تعلق بذمته دون رقبته) أي : فيتبع به
إذا عتق ويتعلق برقبته إذا صدقه ، فإن بيع وبقي شيء من الدين . . فالأظهر :
أنه يتعلق بذمته .

(١) أي : في بابهما .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٧/٥) ، التهذيب (٢٣٦/٤) .

(٣) قال الحافظ في « التلخيص الحبير » (١٢٦/٣) : (حديث : أن علياً قطع عبداً
بإقرار . . ينظر فيه) وقال ابن الملقن في « البدر المنير » (٢٠٨/٥) : (وهذا لا يحضرني
من خرّجه عنه ، نعم ؛ روى الشافعي عن مالك عن نافع : أن ابن عمر قطع عبداً سرق ،
وكان أبى ، وقال الشافعي كما نقله عنه في « المعرفة » : وقد أمرت عائشة بعبد أقر
بالسرقة ؛ فقطع) .

وَأِنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُعَامَلَةٍ . . لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُأْذُونًا فِي التَّجَارَةِ ،
وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ ، وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ .
وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ ،

قوله : (وإن أقر بدين معاملة . . لم يقبل على السيد إن لم يكن مأذوناً^(١) في
التجارة) أي : بل يتعلق بذمته يتبع به إذا عتق سواء أصدقه السيد أم لا ؛
لتقصير من عامله ، وإذا كان عن شراء . . فالمتبع به قيمة المبيع ، وقيل :
ثمنه .

ولا فرق في حالة التكذيب بين أن تكون العين تالفة أو باقية ، أما في حالة
التصديق . . فتزد إذا كانت باقية .

قوله : (ويقبل إن كان) أي : مأذوناً ؛ لأنه يملك إنشاء المعاملة فملك
إقرارها ، وقيل : لا يقبل ، واختاره ابن كج .

واستثنى الرافعي : ما إذا كانت المعاملة لا تتعلق بالتجارة ؛ كالقرض ،
فإن الإقرار به لا يقبل على السيد ، وكذا إذا أقر بدين أضافه إلى حال الإذن بعد
حجر السيد عليه في الأصح^(٢) .

قوله : (ويؤدي من كسبه وما في يده) أي : من مال التجارة .

ولو أطلق الإقرار بالدين . . لم ينزل على دين المعاملة في الأصح ، كذا
أطلقه الرافعي ، وحمله الإسنوي على ما إذا تعذرت مراجعة العبد ، قال : فإن
أمكن . . روجع ؛ لأن إقراره مقبول^(٣) .

قوله : (ويصح إقرار المريض مرض الموت لأجنبي) أي : ويكون من

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (مأذوناً له) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٩ / ٥) .

(٣) الشرح الكبير (٢٧٩ / ٥) ، المهمات (٥٦٩ / ٥) .

وَكَذَا لِيُوارِثَ عَلَى الْمَذْهَبِ .

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ ، وَفِي مَرَضِهِ لِأَخْرَ . . لَمْ يُقَدِّمِ الْأَوَّلُ .

رأس المال عيناً كان المقر به أو ديناً ؛ قياساً على الصحيح ، وفي قول : من الثلث ؛ كالوصية .

قوله : (وكذا لوارث على المذهب) لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر ، فالظاهر : أنه لا يقر إلا عن حقيقة ولا يقصد حرماناً :

والأصح : طريقة القولين ؛ ثانيهما : لا يصح ؛ لأنه متهم بحرمان بعض الورثة .

والاعتبار في كونه وارثاً بحال الموت ، وفي قول : بالإقرار .

ولو أقر في مرضه أنه كان وهب لوارثه وأقبضه في الصحة . . فقليل : لا يصح قطعاً ، وقيل : على قولين ؛ المرجح في « زوائده » : الصحة^(١) ، وهو مقتضى إطلاق المصنف .

قال في « المهمات » : وهذا الخلاف مفرع على أن الإقرار للوارث لا يقبل ، فإن قلنا : يقبل - وهو الصحيح - صحّ هنا جزماً ، ذكره الرافعي في آخر الباب الثاني من (الطلاق)^(٢) .

ولو أقر في مرضه أنه وهب في الصحة لأجنبي . . كان من رأس المال ، نصّ عليه ، حكاه السبكي .

قوله : (ولو أقر في صحته بدین ، وفي مرضه لِأَخْرَ . . لم يقدم الأول)

(١) روضة الطالبين (٨ / ٤) .

(٢) المهمات (٥ / ٥٧٠) ، الشرح الكبير (٨ / ٥٨٦) .

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِآخَرٍ . لَمْ يُقَدِّمِ الْأَوَّلُ فِي الْأَصَحِّ .
وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرِهِ .

أي : بل يقسم بينهما بالنسبة ؛ كما لو ثبتا بالبينة ، وكما لو أقر بهما في الصحة أو المرض .

وتقدير عبارته كما في « المحرر »^(١) : ولو أقر في صحته بدين لرجل ، وفي مرضه بآخر لآخر .

ويصح أن يقرأ في الكتاب بـ (الباء)^(٢) .

وفي قول : يقدم دين الصحة ، وعلم تساويهما فيما لو وقع في المرض من باب أولى .

نعم ؛ لو أقر في مرضه بدين لزيد ، ثم بعين لعمره ولا مال له غيرها . . سلمت لعمره ، وقيل : يتزاحمان ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولو أقر في صحته أو مرضه ، وأقر وارثه بعد موته لآخر . . لم يقدم الأول في الأصح) لأن الوارث يقوم مقامه فيتضاربان في التركة ، والثاني : يقدم ؛ لأنه تعلق بالتركة بمجرد الموت فليس للوارث صرفها عنه .

ويجريان فيما لو أقر الوارث بدين على الميت ، ثم أقر لآخر بدين آخر ، وفيما إذا ثبت الأول ببينة ثم أقر الوارث ، وسواء كان الأول مستغرقاً أم لا .

قوله : (ولا يصح إقرار مكره) بما أكره عليه ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ

(١) المحرر (٦٧٦/٢) .

(٢) عبارة « النجم الوهاج » (٨٧/٥) : (وقوله : « لآخر » يجوز أن يقرأ بـ « الباء » أي : بدين آخر) .

وَيُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرَّرِ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ الْمُقَرَّرِ بِهِ ، فَلَوْ قَالَ : لِهَذِهِ الدَّابَّةِ عَلَيَّ كَذَا.. فَلَغَوٌ ،

أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴿ [النحل : ١٠٦] جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر فبالأولى ما عداه .

وصورته : إذا ضرب ليقر ، فأما إذا ضرب ليصدق فأقر.. فإنه يصح ، نقله في « الروضة » عن « الأحكام السلطانية » وتوقف فيه^(١) .

وقال السبكي : إن كان المكره عالماً بالصدق.. فهو إكراه ؛ لأنه لا تخلية إلا بذلك ، وإلا.. فلا .

قوله : (ويشترط في المقر له أهلية استحقاق المقر به) أي : وإلا.. يلزم كذب الإقرار .

فلو أقر لعبده المكاتب بدين أو عين.. صح ، أو المدبر أو المستولدة بدين في ذمته ؛ فإن أسنده إلى معاملة أو جنائية في حال رقهما له.. لم يصح ، أو في حال رقهما لغيره.. فهو إقرار لعبد غيره ، وهو يصح إن كان مأذوناً له في التجارة ، ويكون إقراراً للسيد ، وإلا.. فعلى الخلاف في إقراره للحمل .

ويشترط أيضاً تعيين المقر له ، فإن قال لأحد هذين.. فوجهان ، قال ابن كج : يحلف أنه لا يعرفه ، ويوقف حتى يصطلحا ، حكاها الزركشي .

قوله : (فلو قال : لهذه الدابة عليّ كذا.. فلغو) وفي قول مخرج من الإقرار للحمل : يصح ، قال الزركشي : كذا أطلقوه ، وينبغي فرضه في المملوكة .

أما لو أقر للخليل المحبسة.. فالأشبه : الصحة ، ويحمل على أنه من غلة

(١) روضة الطالبين (١٠/٤) ، الأحكام السلطانية (ص : ٣٦٢) .

وَلَوْ قَالَ بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا . . وَجَبَ ، وَلَوْ قَالَ : لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا بِإِثْرِ أَوْ وَصِيَّةٍ . . لَزِمَهُ .

وقف عليها أو وصية ، وبه صرح الروياني ، واقتضى كلامه أنه بلا خلاف^(١) .
قوله : (ولو قال^(٢) : بسببها لمالكها . . وجب) أي : وجب علي بسببها لمالكها كذا . . فإنه يجب ؛ لأنه إقرار للمالك لا لها ، وقد تكون هي السبب إما بجناية عليها ، وإما باستيفاء منافعها بإجارة أو غصب ، وقيل : لا يصح .
وقول المقر : (لمالكها) محمول على مالكها حال الإقرار ؛ لأنه الظاهر .

ولو لم يذكر المالك بل قال : علي بسبب هذه الدابة كذا . . فهو إقرار للمالك في الحال ؛ كما نقله الإمام عن الأصحاب^(٣) ، وفي كلام الشافعي رضي الله عنه : أنه إن بين السبب كان إقراراً لمالكها ، وإن لم يبين لم يلزمه شيء^(٤) ، نقله السبكي .

قوله : (ولو قال : لحمل هند كذا بإثر أو وصية . . لزمه) لإمكانه ، فإن انفصل لمدة يظهر عند وجوده عند موت المورث أو عند الوصية . . استحق ، وإلا . . فلا ، ولا يطالب حتى تضع ، قاله الزركشي ، وصورته : أن تقول : علي ، أو : عندي .

وقوله : (هند) إشارة إلى أنه لا بد من تعيينها ، والخصم في ذلك ولي الحمل ؛ كما نص عليه^(٥) ، ولا فرق بين أن تكون حرة أو أم ولد

(١) بحر المذهب (٩٦ / ٦) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن قال) .

(٣) نهاية المطلب (١٠٥ / ٧) .

(٤) الأم (٥٠٢ / ٤) .

(٥) الأم (٥٠٣ / ٤) .

وَأِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمَكِّنُ فِي حَقِّهِ . فَلَغَوْ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ .

وولدها حر ، أو أمة حاملاً بحر .

وقال الشافعي في « الأم » : وإن أقر لما في بطن أمة لرجل . . فالخصم مالك الجارية^(١) .

قال السبكي : وهذا لا يمكن فيه تقدير إرث ، ومأخذه أن الإقرار للبعد إقرار لسيدة ، وتنزيله أنه أوصى به للحمل وهي وصية لسيدة .

قوله : (وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه . . فلغو) بأن قال : له علي ألف أقرضني إياه ، أو : ثمن عين باعها مني ؛ لأنه أقرَّ وعَقَّبَ الإقرار بما يرفعه .

وجزم بالبطلان تبعاً لـ « المحرر » ، وصححه في « زوائد الروضة » ، وقال الرافعي في « الشرح » : إن صححنا الإقرار المطلق . . فأظهر الطريقين : الصحة ، وفي « التجريد » لابن كج لو قال : غصبت لهذا الحمل ألفاً . . قال الشافعي : فالإقرار صحيح ؛ لأنه قد يكون لأبيه ذلك فيغصبه^(٢) ، حكاها الزركشي .

قوله : (وإن أطلق . . صح في الأظهر) أي : ويحمل على الجهة الممكنة للإمكان ، والثاني : لا يصح ؛ لأن المال في الغالب إنما يجب بالمعاملة ، وهي مستحيلة في الحمل .

(١) الأم (٥٠٣/٤) .

(٢) المحرر (٦٧٨/٢) ، روضة الطالبين (١٢/٤) ، الشرح الكبير (٢٨٦/٥) ، الأم (٥٠٤-٥٠٣/٤) .

والقولان إذا أطلق ولم يبين ، فإن بيَّنه بعدُ لجهة ممكنة . . صح قطعاً ، أو لجهة مستحيلة . . لم يقبل إن قلنا بالصحة أولاً ، حكاه الزركشي عن الشيخ أبي علي وغيره .

فرع : حيث صح الإقرار ؛ فإن انفصل الحمل ميتاً . . رجع المال لورثة من ذكر المقرُّ أنه ورثه . . منه ، أو للموصي إن كان حياً ، ولورثته إن كان ميتاً ، أما إذا أطلق ، أو أسنده إلى جهةٍ فاسدةٍ وقلنا بالصحة . . فيسأل الحاكم المقر عن جهة إقراره حسبة ، ويحكم بموجبها ، فإن مات قبل البيان . . كان كما لو أقر لإنسانٍ فكذبه .

وإن انفصل حياً لدون ستة أشهر من يوم الإقرار . . استحق ، وكذا إذا انفصل لستة أشهرٍ فصاعداً ودون أربع سنين وهي غير مستفرشة على الأظهر عند المصنف^(١) .

وإذا ثبت الاستحقاق ؛ فإن ولدت ذكراً . . فله ، أو ذكرين فصاعداً . . فلهم بالسوية ، وإن ولدت أنثى . . فهو لها إن أسنده إلى وصيته ، وكذا إن أطلق ، أو أسنده إلى فاسدٍ وقلنا : يصح .

وإن أسنده إلى إرثٍ من الأب . . فلها النصف ، وإن ولدت ذكراً وأنثى . . فهو بينهما نصفين إن أسنده إلى وصية أو فاسد ، أو أطلق وقلنا بالصحة .

وإن أسنده إلى إرثٍ من أب . . فهو بينهما أثلاثاً ، وإن اقتضى التسوية ؛ بأن يكونا ولدي أم . . كان ثلاثة بينهما بالسوية .

ولو أطلق الإرث . . قال ابن الصباغ والإمام : سألناه عن الجهة وعملنا

(١) روضة الطالبين (١١ / ٤) .

وَإِذَا كَذَّبَ الْمُقَرَّرُ لَهُ الْمُقَرَّرُ . تَرَكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي الْأَصَحِّ ،

بمقتضاها^(١) ، فإن تعذرت مراجعته . . قال المصنف : ينبغي القطع بالتسوية^(٢) .

وإن وضعت حياً وميتاً . فالميت كالمعدوم ، وحكم الحي ما ذكر .
واعلم : أنه يشترط لصحة الإقرار عدم تكذيب المقر له ، لا قبوله لفظاً ،
فإن كذبه والمقرَّرُ به مال . . لم يدفع إليه وأشار المصنف إلى ما يفعل به بقوله :
(وإذا كذب المقر له المقر . . ترك المال في يده في الأصح) لأننا لا نعرف
ماله وهو في يده ، فهو أولى الناس بحفظه .

والثاني : ينتزعه القاضي ويحفظه فإنه في حكم مال ضائع ، فإن رأى
استحفاظ صاحب اليد . . جاز .

قال في « الروضة » في (الدعاوى) : إنه أقوى الوجوه^(٣) ، وقال
الفارقي : إنه الأصح ، حكاة الزركشي .

والثالث : يجبر المقر له على القبول والقبض ، قال الشيخ أبو محمد :
موضع الخلاف ما إذا قال المقر : هذا المال لفلان ، فكذبه ، أما إذا قال
للقاضي : في يدي مال لا أعرف مالكة . . فالوجه : القطع بأن القاضي يتولى
حفظه .

وهذا إذا وقع التكذيب في الأصل .

فلو قال له : علي ألف من ثمن عبد ، فقال المقر له : لا بل من ثمن

(١) نهاية المطلب (٧٣ / ٧) .

(٢) روضة الطالبين (١٢ / ٤) .

(٣) روضة الطالبين (٣٠٣ / ٨) .

فَإِنْ رَجَعَ الْمُقَرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ : غَلَطْتُ . . قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ .

جارية . . فالأصح : لزومه ، ولا يضر التخالف في الجهة ، حكاها الزركشي .

قوله : (فإن رجع المقر في حال تكذيبه وقال : غلطت . . قبل قوله في الأصح) بناء على أن الترك في يده إبطال للإقرار .

والثاني - وهو الأظهر عند الإمام والغزالي - : أنه لا يقبل بناء على أن المقر له لو عاد إلى التصديق . . قبل منه^(١) .

وعلى الأصح : لا فرق بين أن يقول : غلطت ، أو : تعمدت ؛ كما قاله الرافعي والمصنف^(٢) .

وقوله : (في حال تكذيبه) يعني : تكذيب المقر له ، وهو يوهم : أن رجوعه بعد رجوع المقر له غير مقبول ، وليس كذلك ؛ لأن الصحيح : أنه لا أثر لرجوع المقر له ، فكان ينبغي أن يقول : (بعد تكذيبه) ؛ ليشمل التكذيب قبل الرجوع وبعده ، ويخرج به ما قبل التكذيب .

فرع : هل يشترط في المقر له أن يكون معيناً نوع تعيين يتوقع معه الدعوى حتى لو قال : لواحدٍ من بني آدم عندي ألف . . لم يصح ؟ وجهان ، أرجحهما : أنه يشترط .

(١) نهاية المطلب (٧٩/٧) ، الوسيط (٣٥٦/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٢٨٩/٥) ، روضة الطالبين (١٥/٤) .

فصل

قَوْلُهُ : لَزِيدٍ كَذَا . . صِيغَةُ إِقْرَارٍ ، وَقَوْلُهُ : عَلَيَّ ، وَفِي ذِمَّتِي . . لِلدَّيْنِ ،
وَمَعِيَ وَعِنْدِي . . لِلْعَيْنِ .

(فصل)

[في صيغ الإقرار]

(قوله : لزيد كذا . . صيغة إقرار) أي : إذا وصل به شيئاً من الألفاظ التي ستأتي^(١) ؛ كقوله : عندي أو علي .

وخص الإسنوي إضافة شيء من الألفاظ بالدين ، وأنه إذا أتى بهذه الصيغة في معين ؛ كهذا الثوب . . وجب عليه تسليمه إن كان في يده ، وكذا إن انتقل إليه ؛ لأن اللام^(٢) تدل على الملك .

قوله : (وقوله : علي ، وفي ذمتي . . للدين) لأنه المتبادر عرفاً ، والمراد أن أيّ اللفظتين قال . . فهي محمولة على الدين ، فلو عبر بـ (أو) . . كان أحسن .

قوله : (ومعني وعندي . . للعين) أي : كل منهما ، فيحمل على أدنى المراتب ، وهي الوديعة ؛ كما سيأتي^(٣) .

وقوله : له قبلي . . للدين ، قاله البغوي ، وقال الرافعي : يشبه أن يكون صالحاً لهما ، وقد جزم الماوردي بذلك ، لكن ما قاله البغوي

(١) أي : آنفاً في المتن .

(٢) أي : في مثل (لزيد . .) .

(٣) أي : في أواخر (كتاب الإقرار) عند قول المتن : (. . . أردت هذا ، وهو وديعة) .

وَلَوْ قَالَ : لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ ، فَقَالَ : زِنْ ، أَوْ : خُذْ ، أَوْ : زِنْهُ ، أَوْ :
 خُذْهُ ، أَوْ : اخْتِمْ عَلَيْهِ ، أَوْ : اجْعَلْهُ فِي كَيْسِكَ . . فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ ، وَلَوْ قَالَ :
 بَلَى ، أَوْ : نَعَمْ ، أَوْ : صَدَقْتَ ، أَوْ : أَبْرَأْتُنِي مِنْهُ ، أَوْ : قَضَيْتُهُ ، أَوْ : أَنَا
 مُقَرَّبٌ بِهِ . . فَهُوَ إِقْرَارٌ ،

هو المنصوص ، قاله الإسنوي^(١) .

قوله : (ولو قال : لي عليك ألف ، فقال : زن ، أو خذ ، أو زنه ، أو
 خذه ، أو اختم عليه ، أو اجعله في كيسك . . فليس بإقرار) لأن ذلك يذكر في
 معرض الاستهزاء ، وقيل : الأربعة الأخيرة إقرار .

قوله : (ولو قال) أي : مجيباً (بلَى ، أَوْ : نَعَمْ ، أَوْ : صَدَقْتَ ، أَوْ :
 أَبْرَأْتُنِي مِنْهُ ، أَوْ : قَضَيْتُهُ ، أَوْ : أَنَا مُقَرَّبٌ بِهِ . . فهو إقرار) أما الثلاثة الأولى . .
 فلأنها موضوعة للتصديق والموافقة .

وفي معناها : (أجل) على وزن (نعم) .

وقوله : (صدقت) تصديق صريح ، ودعوى الإبراء والقضاء^(٢) مستلزم
 لثبوته ؛ فلذلك كان إقراراً ، ولا يقبل قوله في الإبراء والقضاء إلا ببينة .

ولو قال المدعي : الألف التي أعطيتني عن جهة أخرى كانت لي عليك . .
 فالقول قول المدعى عليه مع يمينه .

وأما : أنا مقر به . . فمحله إذا قال : لك ، فإن اقتصر على قوله : أنا مقر به . .
 قال الرافعي : يحتمل أن يريد الإقرار به لغيره^(٣) ، يعني : فلا يكون صريحاً .

(١) التهذيب (٢٥١ / ٤) ، الشرح الكبير (٢٩٦ / ٥ - ٢٩٧) ، الحاوي الكبير (٢٤٥ / ٨) ،
 المهمات (٥٧٦ / ٥ - ٥٧٧) .

(٢) وفي (ب) : (القضاء والإبراء) .

(٣) الشرح الكبير (٢٩٧ / ٥) .

وَلَوْ قَالَ : أَنَا مُقِرٌّ ، أَوْ : أَنَا أَقْرَبُ بِهِ . . فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ .
 وَلَوْ قَالَ : أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا ؟ فَقَالَ : بَلَى ، أَوْ : نَعَمْ . . فَإِقْرَارٌ ،
 وَفِي : نَعَمْ وَجْهٌ .

وَلَوْ قَالَ : اقْضِ الْأَلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْكَ ، فَقَالَ : نَعَمْ ، أَوْ : أَقْضِي
 غَدًا ، أَوْ : أَمْهَلْنِي يَوْمًا ، أَوْ : حَتَّى أَقْعُدَ ، أَوْ : أَفْتَحِ الْكَيْسَ ،

قوله : (ولو قال : أنا مقر) أي : ولم يقل : به (أَوْ : أنا أقرب به . . فليس
 بإقرار) لأنه قد يريد في الأول : أنا مقر بالوحدانية ، وبالثاني : الوعد .
 وقيل في كل منهما : إنه إقرار ، وصححه الماوردي في الأولى ، ونسبه
 الإمام في الثانية إلى الأكثرين^(١) .

ولو قال : كُنْتُ أَقْرَرْتُ بِأَنَّكَ أْبْرَأْتَنِي ، أَوْ : اسْتَوْفَيْتَ مِنِّي . . فليس
 بإقرارٍ .

قوله : (ولو قال : أليس لي عليك كذا ؟ فقال : بلى ، أَوْ نَعَمْ . . فَإِقْرَارٌ)
 لأن كل واحدٍ منهما يقام مقام الآخر في العرف .

قوله : (وفي : نعم وجه) أي : أنه لا يكون إقراراً ، ورجحه ابن الرفعة
 وقطع به البغوي^(٢) وغيره ؛ لأن (نعم) تصديق لما دخل عليه حرف
 الاستفهام ، فكأنه قال : ليس لك علي ألف ، و(بلى) تكذيب له ، ونفي
 النفي ثبوت ، فاجتمع فيها العرف واللغة فلم يجز فيها خلاف .

قوله : (ولو قال : اقضِ الألف الذي لي عليك ، فقال : نعم ، أَوْ :
 أقضي غداً ، أَوْ : أمهلني يوماً ، أَوْ : حتى أقعد ، أَوْ : أفتح الكيس ،

(١) الحاوي الكبير (٢٥٣ / ٨) ، نهاية المطلب (٨٧ / ٧) .

(٢) التهذيب (٢٥٨ / ٤) ، كفاية النبيه (٣٦٤ / ١٩ - ٣٦٥) .

أَوْ : أَجَدَ . . فَأِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ .

فصل

يُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرَّرِ بِهِ أَلَّا يَكُونَ مِلْكًا لِلْمُقَرَّرِ ، فَلَوْ قَالَ : دَارِي ، أَوْ :
ثَوْبِي ، أَوْ : دِينِي الَّذِي عَلَى زَيْدٍ لِعَمْرٍو . . فَهُوَ لَغَوٌ ،

أَوْ : أَجَدَ . . فَأِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ (لأنه المفهوم من هذه الألفاظ عرفاً ، والثاني :
لا ؛ لأنه ليس بصريح في الالتزام .

وعبر في « المحرر » بـ (الأشبه)^(١) .

واختار السبكي فيما سوى (نعم) أنه ليس بإقرار ، وقال الزركشي : قطع
صاحب « البحر » و « الكافي » وغيرهما : بأنه ليس بإقرار .

(فصل)

[في شروط المقرَّر به]

(يشترط في المقرَّر به ألا يكون ملكاً للمقرَّر) لأن الإقرار ليس بإزالة ملك ،
وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً للمقرَّر له ، فلا بد من تقديم المخبر به على
الخبر^(٢) .

قوله : (فلو قال : داري ، أَوْ : ثوبِي ، أَوْ : ديني الذي على زيد
لعمرو . . فهو لغو) للتناقض ؛ لأن الذي له لا يكون لغيره ، والمفهوم منه
الوعد بالهبة ، قال البغوي في « الفتاوى » : وإذا اعترف بإرادة الإقرار صح
إقراره^(٣) ، فلو قال : مسكني لفلان ، أَوْ : ملبوسي ونحوه . . فهو إقرار ؛

(١) المحرر (٢/ ٦٨٠) .

(٢) كذا في (أ) و(ب) ، وفي بعض الشروح : (المخبر عنه على الخبر) .

(٣) فتاوى البغوي (ص : ١٩٦) .

وَلَوْ قَالَ : هَذَا لِفُلَانٍ وَكَانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقَرَرْتُ بِهِ . فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ
وَأَخْرُهُ لَغَوٌ .

وَلْيَكُنِ الْمُقَرَّرُ بِهِ فِي يَدِ الْمُقَرِّرِ لِيُسَلَّمَ بِالْإِقْرَارِ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ .

لأنه أضاف إلى نفسه السكنى واللبس ، وقد يسكن ويلبس ملك الغير .

فرع : لو قال : له علي ألف في مالي . . كان إقراراً ، وقوله : (في مالي)
تأكيد ، حكاه الزركشي عن « الكافي » .

وأفاد كلام المصنف : صحة الإقرار بالدين^(١) .

فإذا قال : الدين الذي على زيد وعمرو واسمي في الكتاب عارية . . فهو
صحيح ؛ لاحتمال كونه كان وكياً عنه .

وقال الزركشي : ما أطلقه في : (ديني) . . محله : إذا أقر به عمرو عقب
ثبوته على زيد ، أما إذا احتمل جريان بأقل من حوالة أو غيرها . . صح
الإقرار .

قوله : (ولو قال : هذا لفلان وكان ملكي إلى أن أقررت به . . فأول كلامه
إقرار وآخره لغو) أي : فيطرح آخره ويؤخذ بأوله ؛ لأنه جملتان مستقلتان ،
ولو قال : هذه الدار ملكي هذه الدار لفلان . . صح الإقرار أيضاً ؛ كما صرح به
الإمام وغيره^(٢) .

قوله : (وليكن المقر به في يد المقر ليسلم بالإقرار للمقر له) أي : يشترط
في الحكم بتسليمه في الحال كونه في يد المقر ، وإذا لم يكن في يده . . كان
دعوى على الغير بغير إذنه ، أو شهادة بغير لفظها ، ولا يقال : إنه لاغ ، بل

(١) روضة الطالبين (٣٨ / ٤) .

(٢) نهاية المطلب (١٠١ / ٧) .

فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ . . عُمِلَ بِمُقْتَضَى الْإِقْرَارِ ، فَلَوْ أَقَرَّ
بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ . . حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ : هُوَ حُرٌّ
الْأَصْلُ . . فَشِرَاؤُهُ افْتِدَاءٌ ، وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقَهُ . . فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ وَبَيْعٌ مِنْ
جِهَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

متى حصل المقر به في يد المقر . . أمرناه بتسليمه .

ولذلك قال : (فلو أقر ولم يكن في يده ثم صار . . عمل بمقتضى الإقرار)
لوجود شرط العمل به .

فلو أقر بأن العبد الذي في يد زيد رهن عند عمرو بكذا ، ثم حصل في
يده . . يؤمر ببيعه في دين عمرو .

قوله : (فلو أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراه . . حكم بحريته) لوجود
الشرط ، وكذلك لو شهد بحريته فردت شهادته ثم اشتراه .

ويحكم بصحة الشراء في الصورتين ؛ تنزيلاً للعقد على قول من صدقه
الشرع وهو صاحب اليد ، واستنقازاً للعبد من أسر الرق .

قوله : (ثم إن كان قال : هو حر الأصل . . فشراؤه افتداء) أي : من جهة
المشتري بلا خلاف ، وكذا إذا قال : أعتقه فلان والبائع اشتراه منه ؛ لأن
اعترافه بحريته مانع من جعله بيعاً من جهته ، وجانب البائع على الخلاف
الآتي^(١) .

قوله : (وإن قال : أعتقه) أي : البائع ، وفي نسخة (أعتقته) بقاء
الخطاب ، والمعنى واحد .

قوله : (. . فافتداء من جهته ، وبيع من جهة البائع على المذهب) أي :

(١) أي : أنفاً في المتن .

فَيُثَبِّتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ .

وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ ،

فيهما ؛ إجراء لكل عاقد على ما يعتقده .

وعبر بـ (المذهب) لأن الذي رواه الأكثرون : أنه بيع من جهة البائع لا محالة ، وفي جانب المشتري وجهان ؛ أحدهما : افتداء ، وحكى الإمام والغزالي فيهما ثلاثة أوجه^(١) .

قوله : (فيثبت فيه الخياران) أي : خيار المجلس والشرط (للبائع فقط) يعني : على المذهب ، وقيل : لهما بناء على أنه بيع من جهتهما .

ولو ظهر بالعبد عيب . . فلا رد للمشتري ، لكن له الأرش على قولنا : شراء ، وحيث ثبت الخيار لا يحكم بالعتق حتى ينقضي الخيار .

ولو انقضى الخيار ولم يوف الثمن . . فظاهر كلام المتولي : أنه لا يعتق ما لم يوفه أو يسلم العبد ، فإنه قال : له حبس العبد حتى يقبض الثمن .

ولا ينبغي مخالفة المتولي ، قاله السبكي ، قال : وحيث لا يثبت الخيار . . ينبغي أن يقال : يتوقف العتق على قبض الثمن أو إقباض العبد ، وظاهر كلام بعضهم : أنه يحصل بتمام العقد .

قوله : (ويصح الإقرار بالمجهول) حكى القاضي أبو الطيب وغيره فيه الإجماع ؛ لأن الإقرار إخبار عن حق سابق ، والشيء يخبر عنه مفصلاً تارةً ومجماً أخرى إما لجهل المقر به وإما لثبوته مجهولاً بوصية .

والمبهم ؛ كأحد العبدین في معنى المجهول ، قاله السبكي .

(١) نهاية المطلب (٨٠ / ٧) ، الوسيط (١٩٩ / ٢) .

فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَى شَيْءٍ . . قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يَتِمُّوْلُ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يَتِمُّوْلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ ؛ كَحَبَّةِ حَنْطَةٍ ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ ؛ كَكَلْبٍ مُعَلِّمٍ وَسَرَجِينَ . . قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا يَقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى ؛ كَخَنْزِيرٍ وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ ،

وعبارة « الروضة » و« أصلها » (بالمجمل)^(١) وهي أحسن ؛ لأن دخول أحد العبدین في المجمل أظهر من دخوله في المجهول ، قاله الإسنوي .

قوله : (فإذا قال : له علي شيء . . قبل تفسيره بكل ما يتمول وإن قل) أي : كفلس وتمرّة إذا كان لها قيمة ؛ لأن اسم الشيء صادق عليه ، وظاهر النص : أنه لا بد من اليمين^(٢) ، فيحلف أن ما له عليه^(٣) شيء غير ما فسر به ، فإن نكل . . قيل للمدعي : سمّ ما شئت ، فإذا سمّى ؛ فإن حلف المقر . . برىء ، وإلا . . حلف المدعي بالله أن الذي لزمه بإقراره هو كذا ، وأن لي عليه ذلك ، واستحق .

قوله : (ولو فسرّه بما لا يتمول لكنه من جنسه ؛ كحبة حنطة ، أو بما يحل اقتناؤه ؛ ككلب معلم وسرجين . . قبل في الأصح) لأنه يحرم أخذه ، ويجب على غاصبه رده ، والثاني : لا يقبل ؛ لأنه لا قيمة له فلا يصح التزامه بكلمة (علي) .

ومما يحل اقتناؤه : الخمر المحترمة ، والكلب القابل للتعليم صغيراً كان أو كبيراً ، وجلد ميتة غير الكلب والخنزير .

قوله : (ولا يقبل بما لا يقتنى ؛ كخنزير وكلب لا نفع فيه) لأنه ليس فيه

(١) روضة الطالبين (٢٥ / ٤) ، الشرح الكبير (٣٠١ / ٥) .

(٢) الأم (٤٩٨ / ٤) .

(٣) عبارة « تحرير الفتاوي » (١٤٢ / ٢) : (يحلف أنه ليس له عليه) .

وَلَا بَعِيَادَةَ وَرَدَّ سَلَامٍ . وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ بِمَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَثِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ . قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قُلَّ مِنْهُ ،

حق ولا اختصاص ولا يجب رده ، وقيل : يقبل التفسير به .

نعم ؛ لو قال : له عندي شيء ، أو : غصبت منه شيئاً . قبل التفسير بما لا يقتنى ، لكن لا يسلم إليه ، بل يقتل الخنزير ويراق الخمر .

وعلم من كلامه : قبوله بما يقتنى من النجاسات ، قاله الزركشي .

قوله : (ولا بعيادة ورد سلام) لأنه لا يطالب بهما ، والإقرار في العادة بما يطلب ، وقيل : يقبل ، حكاه الزركشي عن حكاية ابن كج في « التجريد » وشريح في « روضته » .

نعم ؛ يصح تفسير الحق بهما ؛ كما نقله الرافعي عن البغوي وتوقف فيه^(١) ، ودفع السبكي توقفه .

فرع : لو فسر الشيء بوديعة أو حق شفعة . قبل ، وكذا بحد قذف في الأصح .

قوله : (ولو أقر بمالٍ أو بمالٍ عظيمٍ أو كثيرٍ أو كبيرٍ . قبل تفسيره بما قل منه) أي : من المال ؛ لصدق الاسم ، والأصل براءة الذمة مما سواه ، فالتمرة مال يصح التفسير بها وليست متمولة ، فكل متمول مال ولا ينعكس ، كذا نقله الرافعي عن الإمام والعراقيين^(٢) .

وتلتحق حبة الحنطة بالتمرة ، ونازع الإمام البلقيني في هذا الإلحاق ؛ بأنها

(١) الشرح الكبير (٣٠٢/٥) ، التهذيب (٢٣٧/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٥/٥) ، روضة الطالبين (٢٨/٤) ، ولم ينقل الرافعي في « الشرح الكبير » عن الإمام بل نقله عنه النووي في « الروضة » .

وَكَذَا بِالْمُسْتَوْلَدَةِ فِي الْأَصَحِّ ، لَا بِكَلْبٍ وَجِلْدٍ مَيْتَةٍ .
وَقَوْلُهُ : لَهُ كَذَا . كَقَوْلِهِ : شَيْءٌ ،

لا تسد مسداً ، بخلاف التمرة .

وأما عند وصفه بالعظم أو الكبر ونحوهما . فلاحتمال أن يريد عظم الثواب في البر والعقاب على العدوان .

وقيل : لا بد أن يذكر لوصفه بالعظم وجهاً إما في عظم الجثة ؛ وإما أن يزيد على أقل ما يتمول بشيء .

قوله : (وكذا بالمستولدة في الأصح) لأنه ينتفع بها ويؤجرها وتتخذ قيمتها من متلفها ، والثاني : لا ؛ لامتناع بيعها ، ولخروجها عن اسم المال المطلق .

ولو فسر به بوقف عليه . قال الرافعي : يشبه أن يخرج على الخلاف في الملك في الوقف^(١) .

قوله : (لا بكلب وجلد ميتة) أي : ونحوهما من الاختصاص ؛ لانتفاء اسم المال عنه .

وعلم من إطلاقه : أنه لا فرق هنا في الكلب بين المعلم وغيره ، ولا في الجلد بين القابل للدباغ وغيره .

وفي « المقنع » للمحاملي : وجه : أنه يقبل التفسير بكلب الصيد ، قال الزركشي : وحقه أن يطرده في كل منتفع به .

قوله : (وقوله : له كذا . كَقَوْلِهِ : شَيْءٌ) لإبهامها^(٢) فيقبل في تفسير

(١) أي : هل هو للموقف عليه ؟ الشرح الكبير (٣٠٥ / ٥) .

(٢) وفي (أ) : (لإبهامه) .

وَقَوْلُهُ : شَيْءٌ شَيْءٌ ، أَوْ : كَذَا كَذَا . كَمَا لَوْ لَمْ يُكْرَرْ ، وَلَوْ قَالَ : شَيْءٌ
وَشَيْءٌ ، أَوْ : كَذَا وَكَذَا . وَجَبَ شَيْئَانِ .
وَلَوْ قَالَ : كَذَا دِرْهَمًا ، أَوْ رَفَعَ الدَّرْهَمَ ، أَوْ جَرَّهُ . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ .

ما يقبل في تفسير الشيء .

قوله : (وقوله : شيء شيء ، أَوْ : كذا كذا . كما لو لم يكرر) لأن
الثاني تأكيد ، وإن احتمل في : كذا كذا أن يكون كناية عن عدد ؛ لأن الشافعي
رضي الله عنه قال : أصل ما أبني عليه الإقرار : أني لا ألزم إلا اليقين وأطرح
الشك ولا أستعمل الغلبة^(١) .

وقال المتولي : لو أراد بالثاني الاستئناف كان بمنزلة : كذا وكذا ، قال
الزركشي : وهو ظاهر .

قوله : (ولو قال : شيء وشيء ، أَوْ : كذا وكذا . وجب شيئان) لأن
العطف يقتضي المغايرة ، وله التفسير بأي شيئين شاء متفقين أو مختلفين ،
وفي « الاستذكار » : له تفسيره بالجنس والجنسين ، وهو إذا عطف بالواو .

فلو قال : كذا بل كذا . فهل هو إقرار بشيء واحد ويكون الثاني بياناً
لأول ، أو إقرار بشيئين . وجهان في « البحر »^(٢) حكاه الزركشي .

قوله : (ولو قال : كذا درهماً ، أَوْ رفع الدرهم أو جره . . لزمه درهم)
وكذا إذا سكن الميم ؛ لأنه في الأحوال الأربعة مَيَّزَ (كذا) المبهم بدرهم وإن
لحن بالرفع والجر .

وإيجاب الدرهم مع الرفع لا خلاف فيه ، وأما مع النصب . . فقال

(١) راجع « الأم » (٤ / ٤٩٨) .

(٢) بحر المذهب (٦ / ١١٦) .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَوْ قَالَ : كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا بِالنَّصْبِ . . وَجَبَ دِرْهَمَانِ ،
وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ أَوْ جَرَّ . . فَدِرْهَمٌ ،

أبو إسحاق : يلزمه عشرون درهماً إن كان يعرف العربية ؛ لأنه أقل عدد يميز
بمفرد منصوب .

ومع الخفض الأصح : ما قاله المصنف^(١) ، وقيل : يلزمه بعض درهم ،
واختاره السبكي تبعاً لابن الصباغ وجماعة .
والمُسْكَن كالمخفوض .

قوله : (والمذهب : أنه لو قال : كذا وكذا درهماً بالنصب . . وجب
درهمان) لأنه أقر بشيئين مبهمين وعقبهما بالدرهم ، والظاهر : أنه تفسير لكل
منهما ، وفي قول : يلزمه درهم ، واختاره السبكي ؛ لأنه المتيقن ، ويكون
المراد بكل منهما نصف درهم ، وأصح الطريقين : إثبات الخلاف .

قوله : (وأنه لو رفع أو جر . . فدرهم) يعني : إذا قال : كذا وكذا درهم
بالرفع . . فأصح الطريقين : القطع بأنه يلزمه درهم ، وقيل : قولان :
ثانيهما : درهمان ؛ لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وإن أخطأ في
الإعراب .

وهذا التعليل يقتضي وجوب درهمين مع الجر أيضاً ، وقد صرح به
الماوردي ، وقال الرافعي : يمكن أن يخرج في الجر مما سبق أنه يلزمه شيء
وبعض درهم ، أو لا يلزمه إلا بعض درهم^(٢) ، قال الإسنوي : وما بحثه قد
جزم به القاضي أبو الطيب ، ونقله عنه في « المطلب » .

(١) روضة الطالبين (٤/٣٠-٣١) .

(٢) الحاوي الكبير (٨/٢١٦) ، الشرح الكبير (٥/٣١٠) .

وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوَ . . فَدِرْهَمٌ فِي الْأَحْوَالِ .

وَلَوْ قَالَ : أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ . . قَبْلَ تَفْسِيرِ الْأَلْفِ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ .

قال السبكي : والفرق بين الرفع والنصب على المذهب : أن في الرفع يمكن تقدير : له كذا كلاماً تاماً ، وقوله : وكذا درهم . . معناه : وكذا الذي أقررت به درهم .

قوله : (ولو حذف الواو . . فدرهم في الأحوال) أي : إذا قال له : علي كذا كذا درهم . . لزمه درهم سواء رفع أو نصب أو جر ، ويحمل الثاني على التأكيد ، فيكون كما لو قال : كذا درهم ، وهو في الرفع متفق عليه ، وفي النصب قال أبو إسحاق : يجب على العارف بالعربية أحد عشر درهماً ، قال الرافعي : ويجيء في خفض الوجه الذي مر^(١) ؛ يعني : أنه يلزمه بعض درهم .

قوله : (ولو قال : ألف ودرهم . . قبل تفسير الألف بغير الدراهم) يعني : يلزمه درهم ؛ لأنه مبين ، ويرجع في تفسير الألف إليه ؛ لأنه مبهم ، والعطف إنما يفيد زيادة على العدد ، ولا يفيد تفسيراً .

وصرح المتولي والرويانى بأنه لو قال : درهم وألف . . فكذاك^(٢) ، حكاة الزركشي .

نعم ؛ لو قال : ألف ودرهم فضة . . قال القاضي حسين : ينبغي أن يكون الألف أيضاً فضة ؛ للعادة .

فرع : لو فسر الألف بألف حبة حنطة . . قبل قوله بيمينه ، قاله

(١) الشرح الكبير (٣٠٩/٥) .

(٢) بحر المذهب (١٠٦/٦) .

وَلَوْ قَالَ : خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا .. فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى الصَّحِيحِ .
وَلَوْ قَالَ : الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقَرَرْتُ بِهَا نَاقِصَةُ الْوِزْنِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الْبَلَدِ
تَامَةً الْوِزْنِ .. فَالصَّحِيحُ : قَبُولُهُ إِنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلًا ،

الرويانى^(١) ، ولو قال : له علي ألف درهم برفعهما وتنوينهما من غير عطف ..
فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم ؛ كأنه قال : الألف مما قيمة الألف
منه درهم .

قوله : (ولو قال : خمسة وعشرون درهماً .. فالجميع دراهم على
الصحيح) لأن لفظ (الدرهم) فيه لا يجب به شيء زائد وإنما هو تفسير ،
والجميع محتاج لذلك فجعل تفسيراً له ، والثاني : أن الخمسة مجملة
والعشرون مفسرة بالدراهم .

وعلى هذا الخلاف قوله : مئة وخمسة وعشرون درهماً ، وقوله : ألف
ومئة وخمسة وعشرون درهماً ، وألف وثلاثة أثواب ، ومئة وأربعة دنانير ،
ومئة ونصف درهم .. يكون الجميع دراهم على الصحيح ؛ لأن الدرهم مفسر
للجميع .

ولو قال : درهم ونصف ، أو عشرة دراهم ونصف .. فالكل دراهم على
الأصح ، ولو قال : نصف ودرهم .. فالنصف مجمل .

قوله : (ولو قال : الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن ؛ فإن كانت
دراهم البلد تامة الوزن .. فالصحيح : قبوله إن ذكره متصلاً) لأنه كالاستثناء ،
والثاني : لا يقبل ؛ لأن اللفظ صريح في التام .

(١) بحر المذهب (١٠٥/٦) .

وَمَنْعُهُ إِنْ فَصَلَهُ عَنِ الْإِقْرَارِ ، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً . قُبِلَ إِنْ وَصَلَهُ ، وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي النَّصِّ .

قوله : (ومنعه إن فصله عن الإقرار) أي : لا يقبل إذا فصله ؛ لأن اللفظ وعرف البلد ينفيان ذلك ، والثاني : يقبل ؛ لأن اللفظ يحتمله ، والأصل براءة الذمة .

واعلم : أن الرافي حكي مع الاتصال طريقين ؛ أحدهما : القطع بالقبول ، والثانية : على قولين ، وحكي مع الانفصال وجهين^(١) ، فكان الأولى باصطلاح المصنف التعبير بـ (المذهب) في الأولى ، وبـ (الصحيح) في الثانية .

قوله : (وإن كانت ناقصة . قبل إن وصله) أي : قطعاً (وكذا إن فصله في النص) لأن الكلام يحمل على نقد البلد كما في المعاملات ، وقيل : لا يقبل حملاً له على عرف الإسلام ، وهو : ستة دوانيق ، والناقص دون ذلك .

ويجري الخلاف فيما إذا أطلق في بلد أوزانهم كبار هل يحمل على الإسلامي ، أو درهم البلد ؟ فإن قلنا : درهم البلد ، فقال : أردت الإسلامي ؛ فإن قاله متصلاً . قبل في الأصح ، وإن قاله منفصلاً . لم يقبل . وإذا ادعى النقصان في البلد التامة الوزن وفسره . اتبع ، وإن لم يفسره . رجع إليه في التفسير ، فإن تعذر . لزمه الأقل .

وإن أطلق الإقرار في بلد ناقصة الوزن وتعذرت مراجعته . فالكثرون على ما اقتضاه نقله في « المطلب » : أنه يلزمه من دراهم البلد ، وهو المنصوص ،

(١) الشرح الكبير (٣١٢/٥) .

والتفسيرُ بالمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ .
وَلَوْ قَالَ : عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ . . لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي الْأَصَحِّ .

قاله الإسنوي ، ونقل السبكي ذلك عن « التنبيه » و« الشامل » و« تعليق القاضي القاضي أبي الطيب »^(١) ، وعن « المذهب » و« الحاوي » و« تعليق القاضي حسين » : أنه يلزمه من دراهم الإسلام^(٢) .

قوله : (والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة) لأن من أقر بمئة مثلاً . . يجب عليه مئة من الفضة ؛ لأنه المعهود شرعاً وعرفاً ، وما في المغشوشة من الفضة ناقص عن المئة . . فيعود ما سبق من التفصيل^(٣) .

وأطلق في « التنبيه » : أنه يقبل على ظاهر المذهب^(٤) ، وقيل : لا يقبل إلا أن يكون متصلاً ، وقال الماوردي : محل الخلاف إذا كان في بلد يتعاملون بها ، وإلا . . فلا يقبل منفصلاً قولاً واحداً^(٥) .

فرع : لو فسر الدرهم بسكة غير سكة البلد . . قُبِلَ ، وكذا لو فسر بجنس رديء ، وقيل : لا يقبل تفسيره بغيرها .

قوله : (ولو قال^(٦) : علي من درهم إلى عشرة . . لزمه تسعة في الأصح) إدخالاً للطرف الأول ؛ لأنه مبدأ الالتزام ، فالمصنف سوى بين الإقرار وغيره ، والرافعي في « المحرر » فرق وأخذ في الإقرار باليقين^(٧) .

(١) الأم (٤٤٢/٧ - ٤٤٣) ، التنبيه (ص : ١٦٥) .

(٢) المذهب (٦٨٨/٥) ، الحاوي الكبير (٢٣٧/٨) .

(٣) أي : آنفاً .

(٤) التنبيه : (ص : ١٦٥) .

(٥) الحاوي الكبير (٢٣٧/٨ - ٢٣٨) .

(٦) وفي (أ) : (قال : له) .

(٧) المحرر (٦٨٥/٢) ، وراجع « تحرير الفتاوى » (١٤٥/٢) .

وَأِنْ قَالَ : دِرْهَمٌ فِي عَشْرَةٍ .. فَإِنْ أَرَادَ الْمَعِيَّةَ .. لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ، أَوْ الْحِسَابَ .. فَعَشْرَةٌ ،

ولو قال : ما بين درهم إلى عشرة .. فالمشهور : أنه يلزمه ثمانية ، وفي قول : تسعة .

ولو قال : ما بين درهم وعشرة .. فالصحيح المنصوص الذي قطع به جماعة : أنه يلزمه ثمانية .

قوله : (وإن قال : درهم في عشرة ؛ فإن أراد المعية .. لزمه أحد عشر) قال السبكي : كذا قاله الرافعي^(١) ، ويشهد له قولهم : لو قال : له علي درهم في دينارٍ وأراد بـ (في) : (مع) .. لزمه درهم ودينار .

ولعل المراد في المسألتين ما إذا قال : أردت مع عشرة له ، ومع دينار له ، وإلا .. فيشكل بأنه لو قال : له علي درهم مع درهم .. لم يلزمه إلا درهم واحد على المذهب المنصوص ، فالوجه : أن يجمع بين الكلامين بما ذكرناه ، وقال في « الشرح » : لزمه أحد عشر درهماً^(٢) ، وهو محمول على ما إذا كان في لفظه ما يبين أن العشرة دراهم ، وإلا .. فقياس ما سبق : أنه يلزمه درهم ، ويرجع في تفسير العشرة إليه .

قوله : (أو الحساب .. فعشرة) لأن الواحد في العشرة عند أهل الحساب بعشرة ، فإن كان لا يعرفه .. ففي « الكفاية » : يشبه أن يلزمه درهم واحد وإن قال : أردت ما يريد الحساب^(٣) ، فالذي قاله لا بد منه ، فإنه الصحيح في نظيره من الطلاق .

(١) الشرح الكبير (٣١٥/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٣١٥/٥) ، وفي (أ) : (في « الشرح الصغير ») .

(٣) كفاية النبيه (٣٨٨/١٩) .

وَالْأَ . . فَدِرْهُمْ .

فصل

قَالَ : لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غَمْدٍ ، أَوْ : ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ . . لَا يَلْزَمُهُ
الظَّرْفُ ، أَوْ : غَمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ ، أَوْ : صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ . . لَزِمَهُ الظَّرْفُ
وَحَدَّهُ ،

قوله : (وإلا . . فدرهم) يعني : إذا لم يرد المعية ولا الحساب . . فلا
يلزمه إلا درهم سواء أطلق أو أراد الظرفية ؛ لأنه اليقين .
وفي قول : يحمل عند الإطلاق على موجب الحساب ، وهو العشرة ؛ لأنه
أظهر في الاستعمال ، قال الإسنوي : أحاله الرافعي على الطلاق^(١) ، وهو
مقيد فيه بمن يعرف الحساب .

(فصل)

[في بيان أنواع من الإقرار ، وفي بيان الاستثناء]

(قَالَ : لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غَمْدٍ ، أَوْ : ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ . . لَا يَلْزَمُهُ
الظَّرْفُ) لأن الإقرار يعتمد اليقين ، والمظروف غير الظرف ، وكذا لو قال :
غصبت منه ثوباً في منديل ، أَوْ : زيتاً في جرة ونحو ذلك .

قوله : (أَوْ : غَمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ ، أَوْ : صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ . . لَزِمَهُ الظَّرْفُ
وَحَدَّهُ) لما سبق^(٢) ، وهكذا كل ظرفٍ ومظروفٍ لا يكون الإقرار بأحدهما
إقراراً بالآخر .

نعم ؛ لو قال : خاتم فيه فص . . فالأصح : أنه ليس مقراً بالفص .

(١) الشرح الكبير (٣١٥ / ٥) .

(٢) أي : لأن الإقرار يعتمد اليقين .

أَوْ : عَبْدٌ عَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ . لَمْ تَلْزَمُهُ الْعِمَامَةُ عَلَى الصَّحِيحِ ، أَوْ : دَابَّةٌ بِسَرَجِهَا ، أَوْ : ثَوْبٌ مُطْرَزٌ . لَزِمَهُ الْجَمِيعُ .

ولو قال : له عندي خاتم ، وأطلق ثم أحضر خاتماً فيه فص مركب عليه ، وقال : ما أردت الفص . . قال الرافعي : فالأصح الذي ينبغي القطع به : أنه لا يقبل^(١) .

قال السبكي : واحترزت بقولي : (مركب عليه) عن الذي من نفس الخاتم بحيث يزول بفصله اسم الخاتم ، فإنه لا شك في دخوله في اسم الخاتم .

ولو قال : جارية ، أَوْ : بهيمة في بطنها حمل ، أَوْ : دابة في حافرها نعل ، أَوْ : قمممة عليها عروة . . فهو كخاتم فيه فص .

قوله : (أَوْ : عبد على رأسه عمامة . . لم تلزمه العمامة على الصحيح) لأن الإقرار لا يشملها ، وقيل : يلزمه ؛ لأن العبد له يد على ملبوسه ، وما في يد العبد في يد سيده .

واتفقوا على أنه لو قال : له عندي دابة عليها سرج . . لم يلزمه السرج ؛ لأن الدابة لا يد لها .

ولو قال : عبد عليه ثياب وفي وسطه منطقة وفي رجله خف . . فهو كقوله : عليه عمامة ، ولو قال : عبد معه مال . . لم يدخل المال .

قوله : (أَوْ : دابة بسرجها ، أَوْ : ثوب مطرز . . لزمه الجميع) أما في الأولى . . فبلا خلاف ؛ لأن (الباء) بمعنى (مع) ، وأما في الثانية . . فهو المذهب ؛ لأنه جعل الطراز صفة للثوب ، فإذا لزمه الموصوف . . لزمه الصفة ، وقيل : إن كان الطراز منسوجاً . . لزمه ، وإن كان مركباً . . فوجهان .

(١) الشرح الكبير (٣١٦/٥) .

وَلَوْ قَالَ : لَهُ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ . . فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ ، وَلَوْ
قَالَ : فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي . . فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ .

وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ دِرْهَمٌ . . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ ،

قوله : (ولو قال : له في ميراث أبي ألف . . فهو إقرار على أبيه بدین)
أي : فيدفع من التركة إن كانت ، هذا هو المذهب المنصوص ، وفي قول
مخرج : أنه هبة .

وصورة المسألة في الألف ونحوه ، أما لو قال : له في ميراث أبي نصفه . .
فينبغي أن يكون ؛ كقوله : في ميراثي من أبي ، وإن قال : له في ميراث
أبي ثلثه . . فينبغي أن يكون إقراراً بالوصية له بالثلث .

قال : (ولو قال : في ميراثي من أبي . . فهو وعد هبة) لفظ الشافعي : أنه
هبة^(١) ، ولكن الأصحاب قالوا : وعد هبة ؛ إشارة إلى أنه أنشأ هبة غير لازمة
فيحتاج بعد ذلك إلى الإقباض ، وهو إلى خيرة المالك ، والمقصود : أنه ليس
بإقرار .

فإن قال : أردت الإقرار . . صح ، وهو كما إذا قال : داري لزيد ، وأراد
الإقرار . . فإنه يصح ولا تحمل الإضافة على الملك ، وفي الميراث تحمل على
الملك ، ولكن ليس هو الملك السالم عن التعلق .

فإن قال : علي في ميراثي من أبي ألف ، أو : في داري ، أو : عبدي ،
وما أشبهه . . فهو إقرار بلا خلاف ، وقال الزركشي : بكل حال ، قاله في
« الشرح الصغير » ، وفيه توقف ؛ لاحتمال الوديعة ، وأن عليه أداؤها .

قوله : (ولو قال : له علي درهم درهم . . لزمه درهم) لأن الثاني تأكيد ،

فَإِنْ قَالَ : وَدِرْهَمٌ . . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ ، وَلَوْ قَالَ : دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ . . لَزِمَهُ بِالْأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ ، وَأَمَّا الثَّالِثُ ؛ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي . . لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِثْنَاءَ . . لَزِمَهُ ثَالِثٌ ، وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الْأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ .

وكذا لو كرر لفظ الدرهم ألف مرة ، بل لو كرر الإقرار ؛ بأن قال : له علي درهم ، له علي درهم . . لم يلزمه إلا درهم واحد سواء كرر في مجلس أو مجالس ؛ لأن الإقرار خبر ، ولا يلزم من تعدد الخبر تعدد المخبر عنه .

قوله : (فَإِنْ قَالَ : وَدِرْهَمٌ . . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ) ومثله لو قال : ثم درهم ؛ لأن العطف يقتضي المغايرة .

ولو قال : فدرهم وأراد العطف . . لزمه درهمان ، وإلا . . فدرهم على المذهب ، ويكون التقدير : فدرهم لازم لي .

قال الزركشي : وأما (بل) و (لكن) : فكذلك ، وحكي عن السنجي .
فلو قال : له دراهم ودرهم . . لزمه ستة ؛ لأنه لو قال : دراهم . . لزمه ثلاثة .
قوله : (ولو قال : درهم ودرهم ودرهم . . لزمه بالأولين درهمان ، وأما الثالث ؛ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي . . لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِثْنَاءَ . . لَزِمَهُ ثَالِثٌ ، وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الْأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ) وجه لزوم الثالث فيما إذا نوى به تأكيد الأول : امتناع تأكيده به ؛ للفصل والعطف .
والخلاف عند الإطلاق طريقان ، المذهب : القطع بلزوم ثلاثة .

ولو قال : درهم ودرهم ثم درهم . . لزمه ثلاثة بكل حال ؛ كما يظهر من كلام الرافي^(١) ، لكن سوى القاضي أبو الطيب بينهما ، قاله الزركشي .

(١) الشرح الكبير (٣٢٢/٥) .

وَمَتَّى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ ؛ كَشَيْءٍ وَثُوبٍ ، وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ فَاُمْتَنَعَ . . . فَالْصَّحِيحُ :
أَنَّهُ يُحْبَسُ ،

ولو قال : درهم قبل درهم ، أو : قبله درهم ، أو : بعده درهم . .
فدرهمان على المذهب .

ولو قال : درهم مع درهم ، أو : معه درهم ، أو : فوق درهم ، أو :
فوقه درهم ، أو : تحت درهم ، أو : تحته درهم ، أو : علي درهم ، أو :
عليه درهم . . فالمذهب : أنه يلزمه واحد .

قوله : (ومتى أقر بمبهم ؛ كشيء وثوب ، وطولب بالبيان فامتنع . .
فالصحيح : أنه يحبس) لأن البيان واجب عليه ، فإذا امتنع منه . . حبس ؛
كالممتنع من أداء الدين .

والثاني : لا يحبس ؛ لأنه قد يجهله .

وهذان منصوصان ، والثاني : هو المنصوص في أكثر كتبه ولم يورد
جمهور العراقيين غيره ، قاله الزركشي .

والثالث : إن أقر بغصب . . حبس ، أو بدين . . فلا .

والرابع : إن أقر بثوب ونحوه . . حبس ، وإن أقر بشيء . . لم يحبس ؛
بناء على قبول تفسير الشيء بالخمير ونحوه .

فعلى الأصح : تسمع الدعوى بالإقرار بالمجهول ؛ لأنه يستفيد بها إلزامه
بالبيان ، وعلى سماع الدعوى ينبنى سماع الشهادة بأنه أقر له بمجهول ،
وصححه السبكي فيهما .

أما دعوى الإقرار المجرد بالمعلوم . . فإقامة البينة به صحيحة بلا خلاف ،
وفي سماع الدعوى به مجرداً وجهان ، مال الرافعي في (الدعوى) إلى

وَلَوْ بَيَّنَّ وَكَذَّبَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ . . . فَلْيُيَسِّرْ وَلْيَدَّعِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ فِي نَفْيِهِ .
وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِالْأَلْفِ ، ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِالْأَلْفِ فِي يَوْمٍ آخَرَ . . . لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ ، . . .

سماعها ، وأيده بسماع دعوى الإقرار بالمجهول^(١) .

فرع : لو مات . . قام وارثه مقامه في التعيين ، وإن غاب . . قال الروياني في « التلخيص » : يخير بين الصبر حتى يحضر ، أو يكتب إلى حاكم بلده ، وبين أن يأخذ من جنس ما أقر له به ما يقع عليه اسم مال ، فإذا حضر المقر ؛ فإن اعترف له بالزيادة . . فالقول قوله ، حكاة الزركشي .

قوله : (ولو بين وكذبه المقر له . . فليبين وليدَّعِ ، والقول قول المقر في نفيه) أي : إذا بين المقر إقراره المبهم تبييناً صحيحاً ؛ بأن فسر به درهم مثلاً ، وقال المقر له : بل عليك عشرة دراهم ؛ فإن صدقه على إرادة الدرهم . . فهو ثابت باتفاقهما ، ويحلف المقر على نفي الزيادة ، وإن قال : أراد بإقراره العشرة ، حلف المقر على أنه ما أراد العشرة وليس عليه إلا درهم ، ويجمع بينهما في عين واحدة على الصحيح ، فإن نكل . . حلف المقر له على استحقاق العشرة ، ولا يحلف على الإرادة ؛ لأنه لا يطلع عليها .

قوله : (ولو أقر له بألف ثم أقر له بألف في يوم آخر . . لزمه ألف فقط) لأن الإقرار إخبار ، ولا يلزم من تعدد الخبر تعدد المخبر عنه ، ولا فرق بين أن يكون في مجلس أو مجلسين ، أو يكتب به صكاً ويشهد به ، ثم يكتب صكاً آخر ويشهد .

وفي « الكافي » للخوارزمي في (باب الصداق) : لو ادعى أنه أقر له يوم الخميس بمئة ، وأقر له يوم الجمعة بمئة وثبت ببينة أو نكول . . وجب عليه

(١) الشرح الكبير (١٣/١٦١) .

وَلَوْ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ . . دَخَلَ الْأَقْلُ فِي الْأَكْثَرِ ، وَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ ، أَوْ قَالَ : قَبَضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشْرَةً ، ثُمَّ قَالَ : قَبَضْتُ يَوْمَ الْأَحَدِ عَشْرَةً . . لَزِمَا .

وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرِ ، أَوْ كَلْبٍ ، أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ . . لَزِمَهُ الْأَلْفُ فِي الْأَظْهَرِ ،

مئتان ، ولو قال : أردت بها تكرار الأول . . لا يسمع ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولو اختلف القدر . . دخل الأقل في الأكثر) كما إذا أقر في أحد اليومين بألف ، وفي الآخر بخمس مئة . . فيلزمه ألف فقط ؛ لاحتمال أنه ذكر بعض ما أقر به في أحدهما ، وفي « الإشراف » عن صاحب « التقريب » : أنه لا يأخذ الأكثر من غير يمين ، حكاه الزركشي .

قوله : (فلو وصفهما بصفتين مختلفتين ، أو أسندهما إلى جهتين ، أو قال : قبضت يوم السبت عشرة ، ثم قال : قبضت يوم الأحد عشرة . . لزما) لأن اتحادهما غير ممكن .

فالصفتان : كالصحاح والمكسرة ، والجهتان : كالبيع والقرض .

فلو أطلق أحدهما ، ووصف الآخر أو أسنده . . لم يتعدد ، ويحمل المطلق على المقيد .

واحترز بالصورة الأخيرة : عما لو أقر له يوم السبت بعشرة ، ويوم الأحد بعشرة . . فلا يلزمه إلا عشرة ؛ لإمكان الجمع ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو قال : له علي ألف من ثمن خمر أو كلب ، أو ألف قضيته . . لزمه الألف في الأظهر) لأنه وصل بإقراره ما يرفعه فأشبهه قوله : له علي ألف لا يلزمني .

وَلَوْ قَالَ : مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَهُ سَلَّمْتُ . قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ وَجُعِلَ ثَمْنًا .

والثاني : لا يلزمه ذلك ؛ لأنه كلام واحد لا يتناقض من حيث اللفظ ، فقبل .

أما ما ذكره مفصلاً ؛ بأن قال : له علي ألف ، ثم قال بعد ذلك : هي من ثمن خمر أو كلب ، أو : قضيتها . لم يقبل ولزمه الألف قولاً واحداً .

ويجري القولان في كل ما ينتظم لفظه عادة ويبطل حكمه شرعاً ؛ كالبيع بثمان مجهول وخيار مجهول .

ولو قال : لفلان من ثمن الخمر علي ألف . لم يلزمه شيء قطعاً كما في « أصل الروضة » ، وفي باب (التيمم) من « شرح المذهب » : أنه لا فرق في جريان القولين بين التقديم والتأخير^(١) .

فرع : قال : له علي ألف من ربا ، وشهدت له بذلك بينة . . أبطلناه ، فإن كان ادعى عليه ديناً من ثمن مبيع وأقام عليه بينة . . سألنا المقر له : هل كان من ربا ؟ فإن قال : نعم . . أبطلناه ، وإلا . . أخذ منه ، قاله ابن كج ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولو قال : من ثمن عبد لم أقبضه إذا سلمه سلمت . . قبل علي المذهب وجعل ثمناً) لأن المذكور آخر لا يرفع ما أقر به أولاً .

والثاني : أنه على القولين السابقين ؛ أحدهما : كذلك ، والثاني : يؤخذ بأول إقراره ولا يحكم بثبوت الألف ثمناً ، فعلى المذهب : لا يطالب بالألف إلا بعد تسليم العبد .

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٧) ، المجموع (٢ / ٢٨٧) .

وَلَوْ قَالَ : أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ . لَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ عَلَى الْمَذْهَبِ .

ولا فرق في قوله : (لم أقبضه) بين أن يقوله متصلاً ؛ كما صوره المصنف ، أو منفصلاً ؛ بأن قال : له علي ألف من ثمن عبد ، ثم قال : لم أقبض ذلك العبد .

فلو قال : له علي ألف ، ثم قال مفصلاً : هو من ثمن عبد لم أقبضه . . لم يقبل جزماً ، ولا فرق بين أن يعين العبد أو يبهمه .

وقوله : (إذا سلمه سلمت) لا حاجة إليه ، وكذا قوله : (وجعل ثمناً) لأنه عَنِ بقوله قبل ما ادعاه من كونه ثمناً ؛ قاله الإسني .

قوله : (ولو قال : ألف إن شاء الله . . لم يلزمه شيء على المذهب) لأنه لم يجزم بالإقرار ، بل علقه بالمشيئة وهي غيب عنا .

وقيل : على القولين فيما إذا قال : ألف من ثمن خمر ؛ لأن آخره يرفع أوله .

ولو قال : ألف إن شئت ، أو إن شاء فلان . . فالمشهور : البطلان ، وقال الإمام : الوجه تخريجه على القولين^(١) .

قال السنجي : ومشية فلان لا توجب عليه شيئاً ، حكاه الزركشي .

فرع : قال : له علي ألف إلا أن يبدو لي ، فوجهان ، قال في « الروضة » : لعل أصحابهما : أنه إقرار^(٢) ، لكن المنصوص : أنه ليس بإقرار ، حكاه الزركشي عن « الإشراف » للهروي .

(١) نهاية المطلب (٩٣/٧) .

(٢) روضة الطالبين (٢٤/٤) .

وَلَوْ قَالَ : أَلْفٌ لَا تَلْزَمُ . . لَزِمَهُ .

وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ، ثُمَّ جَاءَ بِالْأَلْفِ وَقَالَ : أَرَدْتُ هَذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ ، فَقَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ : لِي عَلَيْهِ أَلْفٌ آخَرُ . . صُدِّقَ الْمُقَرَّرُ فِي الْأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ ، فَإِنْ قَالَ : فِي ذِمَّتِي ، أَوْ : دَيْنًا . . صُدِّقَ الْمُقَرَّرُ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ .

قوله : (ولو قال : ألف لا تلزم . . لزمه) أي : بلا خلاف ؛ لأنه غير منتظم ، فلا يبطل به الإقرار .

ولو قال : إني أقر الآن بما ليس علي لفلان على ألف ، أو : ما طلقت امرأتي لكن أقر بطلاقها وأقول : طلقته . . قال المتولي : الصحيح : أنه كقوله : الألف لا يلزمني .

قوله : (ولو قال : له علي ألف ، ثم جاء بألف وقال : أردت هذا وهو ودیعة ، فقال المقر له : لي عليه ألف آخر . . صدق المقر في الأظهر بيمينه) لأن الوديعة يجب حفظها والتخلية بينها وبين المالك ، وربما أراد بكلمة (علي) هذا الواجب .

والثاني : يصدق المقر له ؛ لأن كلمة (علي) تقتضي الثبوت في الذمة ، والوديعة لا تثبت في الذمة .

قوله : (فإن قال^(١) : في ذمتي ، أو : ديناً . . صدق المقر له على المذهب) لأن العين لا تكون إلا في الذمة ولا ديناً . وقيل : على وجهين ؛ أصحهما : هذا .

وصورة المسألة : إذا كان قوله (وديعة) مفصلاً ، فإن قال : علي ألف وديعة . . قبل ، وقيل : على القولين في (ألف قضيته) .

(١) وفي (أ) : (وإن قال) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (فإن كان قال) .

قُلْتُ : فَإِذَا قَبِلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ . . فَلَأَصَحُّ : أَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَتَقْبَلُ دَعْوَاهُ
التَّلَفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ ، وَدَعْوَى الرَّدِّ ،

قال الإسنوي : هكذا ذكره الرافعي^(١) ، ولم يصرح بما إذا وصل مع
التصريح بالذمة أو الدين ، لكن ذكره للتصوير عقب القسمين يشملهما ،
والتمثيل يشعر بالتخصيص . انتهى

وجعل في « الروضة » المسألة على حالين : وصل الوديعة بالإقرار ،
وفصلها ، وذكر فيه الإضافة إلى الذمة أو الدين^(٢) .

(قلت : فإذا قبلنا التفسير بالوديعة . . فلأصح : أنها أمانة ، فتقبل دعواه
التلف بعد الإقرار ، ودعوى الرد) أي : سواء كان التفسير بالوديعة متصلاً أو
منفصلاً ؛ كما صرح به ابن الصباغ .

وقيل : تكون مضمونة فلا تقبل دعوى التلف والرد .

واحترز بقوله : (بعد الإقرار) عما إذا قال : أقررت ظاناً أنها باقية ، ثم
تبينت أو تذكرت أنها تلفت ، أو : رددتها قبل الإقرار . . لم يقبل ؛ لأنه
يخالف قوله حين الإقرار : إنها عليه .

قال السبكي : ومحل القطع به إذا انفصل التفسير بالوديعة أو اتصل ، ولكن
انفصل دعوى التلف والرد .

فلو اتصلا ؛ بأن قال : له علي ألف وديعة تلفت ، أو : رددتها . . فعلى
القولين في تبعض الإقرار .

والتصوير بالألف عبارة « المختصر » و« الأم » والأصحاب ، وفي

(١) الشرح الكبير (٣٣٨ / ٥) .

(٢) روضة الطالبين (٤٩ / ٤) .

وَلَوْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي ، أَوْ : مَعِيَ أَلْفٌ . . صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ
وَالْتَلَفِ قَطْعاً ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ : كَانَ فَاسِداً وَأَقَرَّرْتُ لِظَنِّي
الصَّحَّةَ . . لَمْ يُقْبَلْ ،

« الوسيط » عن النص : عليّ شيء^(١) ، ولا شك أن قبول التفسير فيه بالوديعة
أولى ؛ لأن حفظ الوديعة شيء وهو عليه ، وأما الألف الوديعة نفسها . .
فليست عليه .

قوله : (ولو قال^(٢) : له عندي ، أَوْ : مَعِيَ أَلْفٌ . . صدق في دعوى
الوديعة والرد والتلف قطعاً ، والله أعلم) لأن لفظه ليس فيه ما يدل على
الضمان ، ولا على الدينية ، ولو ادعى الرد أو التلف قبل الإقرار منفصلاً . . لم
يسمع قطعاً ، ومتصلاً . . يكون على قولٍ تبعيض الإقرار .

فرع : لو قال : عندي ألف ، أَوْ : علي دراهم عارية . . فمضمون عليه
صححنا إعارة الدراهم أو أفسدناها ؛ لأن فاسد العقود في الضمان كالصحيح ،
نصّ عليه في « المختصر » والأصحاب في لفظ (عندي) وفي « الأم » بلفظ
(علي)^(٣) .

قوله : (ولو أقر ببيع أو هبة وإقباضٍ ، ثم قال : كان فاسداً وأقررت لظني
الصحة . . لم يقبل) لأن الاسم يحمل عند الإطلاق على الصحيح .

واحترز بقوله : (وإقباض) عما إذا اقتصر على الإقرار بالهبة . . فإنه
لا يكون مقراً بالقبض .

(١) الأم (٥٤٧/٧) ، مختصر البويطي (ص : ١٦٠) ، الوسيط (٢/٢١٠) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن قال) .

(٣) مختصر المزني (ص : ١٦٠) ، الأم (٥٤٨/٧) .

وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، فَإِنْ نَكَلَ . . حَلَفَ الْمُقَرَّرُ وَبَرَى .

وَلَوْ قَالَ : هَذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو (، أَوْ : غَضَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو . . سَلَّمْتُ لِزَيْدٍ ، وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الْمُقَرَّرَ يَغْرُمُ قِيَمَتَهَا لِعَمْرٍو .

قوله : (وله تحليف المقر له) لإمكان ما يدعيه (فإن نكل . . حلف المقر وبرى) لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ، وكلاهما يفيد صدق المقر .
وعبارة « المحرر » : (وحكم ببطلانه)^(١) وهو الصواب ؛ لأن النزاع في عين لا في دين .

قال الزركشي : دعوى الفساد ليست مقصورة على البيع ، ولو أقر ببيع أو إقباض أو قبض ثم قال : ما فعلت . . فالأصح : سماع دعواه ؛ للتحليف سواء أذكر تأويلاً أم لا ، لكن لو أقر بقبض ثمن المبيع ، ثم قال : لم أقبض . . قال الإمام : ظاهر المذهب : أنه لا يقبل ؛ لعدم العادة بذلك .

قوله : (ولو قال : هذه الدار لزيد بل لعمرٍو ، أَوْ : غَضَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو . . سلمت لزيد) لأن الإقرار بحقوق الأدميين لا يصح الرجوع عنه ، وهو شاهد للثاني ، ولا تقبل شهادته ؛ لأنه غاصب .

قوله : (والأظهر : أن المقر يغرم قيمتها لعمرٍو) لأنه حال بينه وبين ملكه بإقراره الأول ، والحيلولة سبب للضمان كالإتلاف ؛ إلحاقاً للحيلولة القولية بالحيلولة الفعلية .

والثاني : لا يغرم ؛ لأن الإقرار له صادف ملك الغير فلا يلزم به شيء .

قال السبكي : والقولان في « الأم » ، وكلامه يقتضي ترجيح الثاني ، وقد

(١) المحرر (٦٩٠ / ٢) .

وَيَصِحُّ الاستثناءُ إِنْ اتَّصَلَ وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ ، وَلَوْ قَالَ : عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً إِلَّا ثَمَانِيَةً . . وَجَبَ تِسْعَةٌ ،

اقتصر عليه في غير ذلك الباب^(١) .

ويجري الخلاف سواء والى بين الإقرارين أو فصلَ بفاصلٍ قصير أو طويل ، وسواء أخطأ أو تعمَّد ، سلمها بنفسه أو سلمها الحاكم .

ويجري أيضاً في قوله : غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو .

ولو قال : غصبتها من زيد وملكها لعمرو ، أو ملكها لعمرو وغصبتها من زيد . . سلمت إلى زيد ، وأصح الطريقين : القطع بأنه لا يغرم لعمرو شيئاً ؛ لجواز أن يكون ملك عمرو ، ويكون في يد زيد بإجارة أو غيرها .

وقيل : على القولين .

قوله : (ويصح الاستثناء إن اتصل ولم يستغرق) أي : في الإقرار والطلاق وغيرهما ، فإن انفصل بغير تنفس ، أو استغرق ؛ كشعرة إلا عشرة . . فباطل ، وصحح الرافعي في الطلاق أن الكلام اليسير يضر^(٢) ؛ كقوله : علي ألف أستغفر الله إلا مئة ، وهو مقتضى إطلاقه هنا ، قاله الإسني^(٣) .

فائدة : الاستثناء مأخوذ من (الثَّني) بفتح المثلثة وسكون النون ، وهو : الرجوع والصرف ، ومنه : ثنا عنان دابته : إذا رجع ، وسمي به رجوع المقر عن بعض ما اقتضاه لفظه .

قوله : (ولو قال : عشرة^(٤) إلا تسعة إلا ثمانية . . وجب تسعة) لثلاث

(١) الأم (٥٥٤/٧) .

(٢) الشرح الكبير (٢٦/٩) .

(٣) راجع « المهمات » (٦٠٩/٥) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (فلو قال : له عشرة) ، وفي بعض الشروح المطبوعة : (فلو =

وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ؛ كَ : الْأَلْفِ إِلَّا ثَوْبًا ، وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيَمَتَهُ دُونَ الْأَلْفِ ،

قواعد ؛ الأولى : صحة الاستثناء من المستثنى ، قال تعالى : ﴿ إِلَّا آءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمَنَجُّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴾ * إِلَّا أَمْرَاتُهُ ﴿ [الحجر : ٥٩-٦٠] فاستثنى المرأة من الآل .

الثانية : أنه يصح استثناء الأكثر .

الثالثة : أن الاستثناء من الإثبات نفي ، ومن النفي إثبات ، فالمعنى : إلا تسعة لا تلزم إلا ثمانية يلزم ، فيلزمه الثمانية والواحد الباقي من العشرة ومجموعه تسعة .

والطريق في ذلك : أن يجمع كل ما هو مثبت وكل ما هو منفي ، ويسقط المنفي من المثبت فيكون الباقي هو الواجب .

قوله : (ويصح من غير الجنس ؛ كـ : الألف^(١) إلا ثوباً) قال تعالى : ﴿ فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّيَ إِلَّا رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴾ [الشعراء : ٧٧] ﴿ مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا أَنْبَاءُ الظَّنِّ ﴾ [النساء : ١٥٧] قال الإسنوي : تعبير المصنف بـ (الألف) للإشارة إلى المعهود وهو الدراهم .

فلو قال : ألف منكرأ طولب بتفسيرها ؛ كما قاله الرافعي^(٢) ، فإن فسرهما بالثياب . . كان الاستثناء من الجنس ؛ وإلا . . فلا .

قوله : (ويبين بثوب قيمته دون الألف) لئلا تؤدي إلى الاستثناء المستغرق ، فإن بين بما يستغرق . . فالبيان لغو ، وكذا الاستثناء في الأصح ، فيلزمه ألف .

فائدة : عليه لرجل ألف درهم وله عليه قيمة عبد أو ثوب أو عشرة دنانير ،

= قال : له علي عشرة) ، و (علي) فيها من المتن .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (كألف) .

(٢) الشرح الكبير (٣٤٥/٥ - ٣٤٦) .

وَمِنَ الْمُعَيَّنِ ؛ ك : هَذِهِ الدَّارُ لَهُ إِلَّا هَذَا الْبَيْتَ ، أَوْ : هَذِهِ الدَّرَاهِمُ إِلَّا ذَا الدَّرْهَمَ ، وَفِي الْمُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌ .

قُلْتُ : وَلَوْ قَالَ : هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا . قُبِلَ ، وَرُجِعَ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ ،

ويخاف إن أقر له جحده ، فطريقه : أن يسقط قيمة الذي له من الألف ويقرّ بما بقي ، ويحلف عليه ، ذكرها السبكي رحمه الله .

قوله : (ومن المعين ؛ ك : هذه الدار له إلا هذا البيت ، أَوْ : هذه الدراهم إلا ذا الدرهم) لأنه كلام صحيح ليس بمحالٍ ، كذا علله الشافعي رضي الله عنه في « الأم »^(١) .

ولو قال : هذه الدار لزيد ، وهذا البيت لي أو لعمرٍو . . صح على المنصوص ؛ إذا ذكره متصلاً ؛ لأنه إخراج بلفظ متصل ، فهو كالاستثناء والتخصيص .

قوله : (وفي المعين وجه شاذ) أي : أنه لا يصح الاستثناء منه ؛ لأن الإقرار بالعين يقتضي الملك فيها نصاً ، فيكون الاستثناء رجوعاً ، بخلاف الإقرار بالدين فإنه مع الاستثناء عبارة عما يبقى .

(قلت : لو قال : هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا . . قبل ورجع في البيان إليه) أي : إن الاستثناء المجهول يصح من المعين ؛ كما لو قال : له عشرة إلا شيئاً ، ويلزمه البيان لحق الغير .

قال القاضي أبو الطيب : وهو بالخيار بين أن يعين التسعة ، أو يعين الواحد الذي له ، حكاه الزركشي ، فإن مات قبل البيان . . قام وارثه مقامه .

(١) الأم (٥٥٤/٧) .

فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَشْنَى . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

فصل

أَقْرَبُ نَسَبٍ ؛ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ . . اشْتَرَطَ لِصِحَّتِهِ أَلَّا يُكَذِّبَهُ الْحِسُّ

قوله : (فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَشْنَى . . صدق بيمينه على
الصحيح ، والله أعلم) أي : كما عينه في الاستثناء منه قبل موته ؛ للاحتمال .
والثاني : لا يصدق ؛ للتهمة .

ولو قُتِلُوا إِلَّا وَاحِدًا فزعم أنه المستثنى . . صدق بيمينه قطعاً ، وكذا لو
قال : غصبتهم إِلَّا وَاحِدًا فماتوا وبقي واحد ، فزعم أنه المراد ؛ لأن أثر الإقرار
باق ، وهو الضمان .

(فصل)

[في الإقرار بالنسب]

(أقر بنسب) أي : من يعتبر إقراره بالنسب ، وهو : البالغ العاقل الرشيد
الحر الذكر ، هذا محل اتفاق ، والأصح : صحة استلحاق السفية أيضاً ،
واستلحاق المرأة والعبد والكافر يأتي في (اللقيط)^(١) .

قوله : (إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ) أي : بأن قال : هذا ابني (. . اشترط لصحته
ألا يكذبه الحس) أي : بأن يكون المقر أصغر من المقر به ، أو في مثل سنه ،
أو أكبر بقدر لا يولد لمثله فيه ، فإن كان كذلك . . فلا عبرة به .

ومن صورته : أن يولد ببلد آخر لم يسافر المقر إليه ، نصّ عليه ، حكاه
الزركشي .

(١) أي : في آخر (كتاب اللقيط) عند قول المتن : (ولو استلحق اللقيط حرّ مسلم . .) إلخ .

وَلَا الشَّرْعُ ؛ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُ إِنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ ، فَإِنْ كَانَ بَالِغًا فَكَذَّبَهُ . . لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ .
وَإِنْ اسْتَلْحَقَّ صَغِيرًا . . ثَبَتَ ، فَإِنْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ . . لَمْ يَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (ولا الشرع ؛ بأن يكون معروف النسب من غيره) لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره .

وهذان الشرطان في كل إقرار بنسب .

قوله : (وأن يصدق المستلحق) بفتح الحاء (إن كان أهلاً للتصديق) أي : بالغاً عاقلاً ؛ لأن له حقاً في نسبه ، وهو أعرف به من غيره .

واستخرج ابن الرفعة من كلام العراقيين ما يقتضي إثبات وجهين في أن المعترف بالتصديق أو عدم التكذيب^(١) ، قاله السبكي .

قوله : (فإن كان بالغاً) أي : عاقلاً (فكذبه . . لم يثبت إلا ببينة) كسائر الحقوق ، وللمقر تحليفه ، فإن نكل . . حلف المقر ويثبت النسب ، ولا فرق بين أن يكون البالغ المقر ابناً أو أباً .

قوله : (وإن استلحق صغيراً . . ثبت) أي : حتى يرث هو الصغير ؛ لأن إقامة البينة على النسب عسير ، والشارع قد اعتنى به واكتفى بالإمكان ؛ فلذلك أثبتناه بالاستلحاق إذا لم يكن المقر به أهلاً للتصديق .

قوله : (فإن^(٢) بلغ وكذبه . . لم يبطل في الأصح) لأن النسب يحتاط له ، فإذا ثبت . . لم يتأثر بالإنكار ؛ كما لو ثبت بالبينة .

والثاني : يبطل ؛ لأننا إنما حكمنا به حين لم يكن أهلاً للإنكار .

(١) كفاية النبيه (٤٤٩ / ١٩) .

(٢) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (فلو بلغ) .

وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيْتاً صَغِيراً ،

وصورة المسألة : إذا لم نشاهد فراشاً ولا ولادة عليه ، فإن شاهدنا ذلك . . لم يلتفت إلى إنكاره .

فعلى الأصح : لو أراد المقر به تحليل المقر . . قال ابن الصباغ : ينبغي ألاَّ يُمَكَّنَ ؛ لأنه لو رجع . . لم يقبل ، قال السبكي : وهذا الذي قاله جار على الأصح في أنهما لو اتفقا على الإنكار . . لم يسقط .

ولو وافق الصبي حين بلغ ثم كذب . . فلا عبرة بتكذيبه قطعاً ، إلا أن يوافقه المقر . . فيأتي الوجهان .

ولو استلحق مجنوناً اتصل جنونه بأول البلوغ . . لحقه ؛ كالصبي ، فإن أفاق وأنكر . . فالأصح : لا يبطل .

فرع : إذا استلحق عبدَ الغير أو عتيقه . . لم يلحق إن كان صغيراً ؛ محافظة على حق الولاء للسيد ، بل يحتاج إلى البينة ، وإن كان بالغاً وصدقه . . فالصحيح : أنه يلحقه ، قاله الرافعي في (اللقيط)^(١) .

ولا يصح استلحاق من نفاه غيره إن كان وُلِدَ على فراش نكاحه الصحيح ، فإن لحقه بالوطء في نكاح فاسد . . صح ، قاله الرافعي في (اللعان)^(٢) .

فلا بد في المستلحق من اشتراط : ألاَّ يولد على فراش نكاح صحيح صغيراً كان أو كبيراً ، وأن يزداد في الصغير اشتراط : ألاَّ يبطل به حق الغير .

قوله : (ويصح أن يستلحق ميتاً صغيراً) لأن النسب يحتاط فيه ، ولا نظر إلى ما يلحقه من التهمة في إرثه .

(١) الشرح الكبير (٤١٣/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤٢٠/٩) .

وَكَذَا كَبِيرًا فِي الْأَصَحِّ ، وَيَرِثُهُ .

وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اثْنَانِ بِالْغَا . ثَبَتَ لِمَنْ صَدَقَهُ .

وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي فِي اللَّقِيطِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

قوله : (وكذا كبيراً في الأصح) لأن الميت ليس بأهل للتصديق فيصح استلحاقه ؛ كالصغير ، والثاني : لا يصح ؛ لأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يورث التهمة .

قوله : (ويرثه) أي : يرث المستلحق الميت المستلحق صغيراً كان أو كبيراً ؛ لأن الإرث فرع النسب وقد ثبت .

قوله : (ولو استلحق اثنان بالغاً . ثبت لمن صدقه) لاجتماع الشروط فيه دون الآخر ، ولا فرق في الرجوع إليه بين أن تكون الأم قد صارت فراشاً لهما أم لا ، فإن لم يصدق واحداً منهما . . عرض على القافة .

قوله : (وحكم الصغير يأتي في « اللقيط » إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) أي : حكمه عند استلحاق اثنين^(١) .

قال الزركشي : وإذا ثبت لمن صدقه لا يحلف للآخر ، وهو مستثنى من قاعدة : أن كل اثنين ادعى على شخص شيئاً فأقر لأحدهما يحلف للآخر .

والثانية : إذا ادعى على سيده العتق فادعى السيد أنه باعه من أجنبي ، إن البيع يصح ، ولا يحلف السيد ، حكى الرافعي الثانية في (الدعاوى) عن الروياني^(٢) .

(١) أي : في آخر (كتاب اللقيط) عند قول المتن : (أو اثنان . . .) إلخ .

(٢) الشرح الكبير (٢٦٠ / ١٣) .

وَلَوْ قَالَ لَوْلَدِ أُمَّتِهِ : هَذَا وَلَدِي .. ثَبَّتَ نَسَبُهُ ، وَلَا يَثْبُتُ الاستِيلَادُ فِي
الْأَظْهَرِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : وَلَدِي وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِي ؛ فَإِنْ قَالَ : عَلَقْتُ بِهِ فِي
مِلْكِي .. ثَبَّتَ الاستِيلَادُ ،

قوله : (ولو قال لولد أمته : هذا ولدي .. ثبت نسبه) أي : بالشروط ،
ولا بد أن يقول : (منها) كما في « التنبيه » ؛ ليتم التصوير ، قاله في
« التحرير » ، ونسبه الزركشي لتصوير « الروضة »^(١) .

قوله : (ولا يثبت الاستيلاد في الأظهر) لاحتمال أنه ملكها بعد أن أولدها
بنكاح أو شبهة وقلنا : لا تصير أم ولد .

والثاني : يثبت ؛ لأن الظاهر : أنه استولدها في الملك ؛ لأنه محقق ،
والأصل عدم النكاح .

وحيث قلنا بالاستيلاد .. فالولد حر الأصل لا ولاء عليه ، وكذا إذا حملنا
الأمر على وطء الشبهة ، ولم تثبت أمية الولد على أحد القولين ، وحيث لم
نحكم بالاستيلاد حملاً على أنه في نكاح .. فعليه الولاء .

قوله : (وكذا لو قال : ولدي ولدته في ملكي) أي : يثبت النسب ؛
لاحتمال أنه أحبلها قبل الملك بنكاح أو شبهة ، ثم ملكها فولدت في ملكه ،
وفي الاستيلاد القولان ، وقيل : يثبت في هذه الصورة قطعاً .

قوله : (فإن قال : علقت به في ملكي .. ثبت الاستيلاد) أي : بلا
خلاف ؛ كما في « الشرح الصغير » لانتفاء الاحتمال ، وكذا لو قال :
استولدتها به في ملكي ، أو قال : هذا ولدي منها وهي في ملكي منذ عشر
سنين ، وكان الولد ابن سنة .

(١) التنبيه (ص : ١٦٦) ، تحرير الفتاوى (١٥٦/٢) ، روضة الطالبين (٦٣/٤) .

فَإِنْ كَانَتْ الْأُمَّةُ فِرَاشاً لَهُ . . لِحَقِّهِ بِالْفِرَاشِ مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً . . فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ وَاسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ .

وَأَمَّا إِذَا أُلْحِقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ ؛ كَ : هَذَا أَخِي ، أَوْ : عَمِّي . . فَيُثْبِتُ نَسَبُهُ مِنَ الْمُلْحَقِ بِهِ بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيْتاً ، . . .

قوله : (فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشاً لَهُ . . لِحَقِّهِ بِالْفِرَاشِ مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ) يعني : فلا حاجة إلى الإقرار ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »^(١) . وهذا عند الإمكان .

قوله : (وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً . . فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ) أي : عند إمكان كونه منه .

قوله : (وَاسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ) لأن الفراش للزوج فيكون الولد له .

قوله : (وَأَمَّا إِذَا أُلْحِقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ ؛ كَ : هَذَا أَخِي ، أَوْ : عَمِّي . . فَيُثْبِتُ نَسَبُهُ مِنَ الْمُلْحَقِ بِهِ بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ) سبق ما إذا لحقه بنفسه بغير واسطة ، والمراد هنا : أن يلحقه بنفسه بواسطة إحقاقه بغيره ، فاستلحاق الأخ إحقاق له بالأب ، واستلحاق العم إحقاق له بالجدة ، فلا بد من الشروط السابقة .

قوله : (وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيْتاً) لأن المقر فرع عنه ويستحيل ثبوت الفرع بدون الأصل ، وأن يثبت نسب الأصل مع وجوده بقول غيره ، فإن كان حياً . . فلا بد من تصديقه قطعاً ، والاعتماد عليه لا على المقر .

ويشترط في الملحق به : أن يكون رجلاً ، فإن كان امرأة . . فلا ؛ لأن اعترافها لا يفيد في الأصح فوارثها أولى ؛ كذا جزم به ابن الرفعة ، وحكاها عن ابن اللبان^(٢) .

(١) أخرجه البخاري (٢٠٥٣) ، ومسلم (١٤٥٧) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) كفاية النية (٤٤٩/١٩ ، ٤٥٩) .

وَلَا يُشْتَرَطُ إِلَّا يَكُونَ نَفَاهُ فِي الْأَصَحِّ ،

قال في « التحرير » : وابن اللبان قال : إنه أظهر قولي الشافعي ، وقال الإمام البلقيني : الظاهر : أنه عنى القول بامتناع قبول إقرارها بالولد ، قال : وقد صرح الماوردي : بأنه يستلحق الأخ للأم ووجَّهه^(١) .

وأما المتوسط ؛ كالأب إذا كان المقر به عمّاً . . فالأصح على مقتضى كلام صاحب « البيان » : أنه لا يشترط موته ولا يعتبر تصديقه في حياته ، والثاني : وهو الذي جزم به الماوردي وصاحب « المذهب » : أنه يشترط موته ، ويعتبر تصديقه^(٢) .

مثاله : إذا كان المقر به عمّاً مسلماً ، والمقر مسلم والجد مسلم ميت ، والأب حي كافر . . فالأصح : صحة إقرار ابن الابن ، لأنه الوارث ، وهكذا إذا أقر ابن الابن هذا بأخ مسلم ، أو مات مسلم وخلف أباً كافراً وجداً مسلماً فأقر الجد المسلم بابن مسلم للميت .

قال السبكي : فقول المصنف (كون الملحق به ميتاً) يحتمل أن يريد به الملحق به الأصلي وهو : الجد إذا كان المقر به عمّاً ، ويحتمل : أن يريد كلاً من الأب والجد فإن كلاً منهما ملحق به ، والأول أولى .

قوله : (ولا يشترط ألا يكون نفاه في الأصح) أي : يجوز استلحاق من نفاه الملحق به قبل موته بلعان أو غيره ؛ قياساً على ما لو استلحقه النافي على الأشبه في « المحرر » و« الشرح »^(٣) .

والثاني : يشترط عدم النفي ، ورجحه جماعة ؛ لما في إلحاقه من العار

(١) تحرير الفتاوى (١٥٥ / ٢) .

(٢) البيان (٤٨٤ - ٤٨٥ / ١٣) ، الحاوي الكبير (٢٧٨ / ٨) ، المذهب (٧٠٩ / ٥) .

(٣) المحرر (٦٩٣ / ٢) ، الشرح الكبير (٣٦١ / ٥) .

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُقَرَّرِّ وَارِثًا حَائِزًا .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمُسْتَلْحَقَّ لَا يَرِثُ ، فَلَا يُشَارِكُ الْمُقَرَّرُ فِي حِصَّتِهِ ، ...

على الميت ، والوارث لا يفعل إلا ما فيه حظ للمورث .

قوله : (ويشترط كون المقر وارثاً حائزاً) لأنه إن كان أجنبياً أو قريباً غير وارث ؛ لاختلاف دين أو قتل أو رق . . لم يكن خليفة للمورث ، وكذا إن كان وارثاً غير حائز ؛ لأن القائم مقام المورث جملة الورثة لا بعضهم .

وقيل : لا يشترط موافقة المعتق والزوج أو الزوجة ؛ لأنه لا حق لهم في النسب .

وفي استلحاق الإمام عند انفراد بيت المال بالإرث ، أو مشاركته في ثبوت النسب به وجهان ، صحح منهما في « الروضة » : الثبوت^(١) .

واختار السبكي : عدمه تبعاً للماوردي ؛ لأن الإمام لا يملك حق بيت المال^(٢) .

قال : ومحل الخلاف إذا كان منه على سبيل الإقرار ، فإن قاله على سبيل الحكم ؛ لبينة أو لعلمه وقلنا : يقضي به . . قبل قطعاً .

ولا فرق في الحائز بين أن يكون حائزاً لتركة الملحق به بغير واسطة أو بواسطة ؛ كمن أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركة أبيه الحائز لتركة جده ، فإن كان قد مات أبوه قبل جده والوارث ابن الابن . . فلا واسطة .

قوله : (والأصح : أن المستلحق لا يرث ، فلا^(٣) يشارك المقر في حصته) .

(١) روضة الطالبين (٦٧ / ٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٧٦ / ٨) .

(٣) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة - إلا : « النجم الوهاج » (١٣٢ / ٥) ففيه كما هنا - : (ولا يشارك) بالواو قبل (لا) .

وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنَ الْوَرَثَةِ لَا يَنْفَرِدُ بِالْإِقْرَارِ ،

اعلم : أن المستلحق يرث بلا خلافٍ إذا أقر به الوارث الحائز سواء كان ذلك الوارث واحداً أو متعدداً .

فلو أقر بعضهم وأنكر البعض - وهي مسألة الكتاب - فالمنصوص : أنه لا يرث ؛ لأن الإرث فرع النسب والنسب لم يثبت ، فإذا لم يثبت الأصل . . لم يثبت الفرع .

والثاني : أنه يرث ، لكن لا من نصيب المنكر ، ولكن بأن يشارك المقر في حصته .

تنبيه : وقع في بعض النسخ : (وإن لم يكن حائزاً . . فالأصح : أنه لا يرث) وهو أحسن من الإطلاق ؛ لأن محل الخلاف ما إذا أقر البعض وأنكر البعض ، لكنها توهم أن الاختلاف في الإرث لأجل الاختلاف في النسب^(١) .

قال الإسنوي : فالصواب : (فإن لم يكن حائزاً . . لم يثبت النسب ، وكذا الإرث في الأصح) ، قال : وما ذكر محله في الظاهر ، وأما في الباطن . . فالأصح في « أصل الروضة » : أنه يجب على المقر إذا كان صادقاً أن يعطيه مما في يده^(٢) ، وعلى هذا فالأصح : أن المقر إذا أنكر أخوة . . يُعْطَى المستلحق ثلث ما في يده ؛ لأن حق الثالث بزعمه شائع فيما في يده ويد صاحبه ، فله الثلث من هذا والثلث من الآخر .

قال : وقوله : (فلا يشارك) بالفاء ؛ كما في « المحرر » و« الشرح »^(٣) .

قوله : (وأن البالغ من الورثة لا ينفرد بالإقرار) لأنه ليس حائزاً للميراث .

(١) راجع « تحرير الفتاوي » (١٥٨/٢ - ١٥٩) .

(٢) روضة الطالبين (٦٨/٤) .

(٣) المحرر (٦٩٤/٢) وفي المطبوع منه بالواو ، وفي (أ) : (في « الشرح » و« المحرر ») .

وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ وَأَنكَرَ الْآخَرُ وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلَّا الْمُقَرُّ . ثَبَتَ
النَّسَبُ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنُ حَائِزٍ بِأُخُوَّةٍ مَجْهُولٍ فَأَنكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقَرِّ .
لَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ ، وَيُثْبِتُ أَيْضاً نَسَبَ الْمَجْهُولِ ،

والثاني : ينفرد ؛ لأن النسب خطير فلا يقدم عليه كامل الحال إلا بعد العلم

به .

فعلى الأول ينتظر بلوغ الصبي ، فإن بلغ ووافق ، أو مات قبل البلوغ ولم
يخلف سوى المقر . . ثبت النسب حينئذ ، ولا حاجة إلى تجديد إقراره .

وإن خلف . . ورثة سواه . . اعتبر موافقتهم ، وهل يوقف في مدة الانتظار
من حصة المقر قدر ميراث المقر به ؟ فيه وجهان في « الحاوي »^(١) .

وحكم المجنون فيما ذكرناه حكم الصبي .

قوله : (وأنه لو أقر أحد الوارثين وأنكر الآخر ومات ولم يرثه إلا المقر . .
ثبت النسب) أي : وإن لم يجدد الإقرار ثانياً ؛ لأن جميع الميراث صار له .

والثاني : لا يثبت ؛ لسبق إنكار الأصل وهو الموروث .

وهما مبنيان على الوجهين في استلحاق من نفاه الموروث ، ويجريان فيما
لو كان وارثه غير المقر فأقر ذلك الوارث .

ولو أقر أحدهما وسكت الآخر ، ثم مات الساكت ووارثه مقر . . ثبت
النسب قطعاً .

قوله : (وأنه لو أقر ابن حائز) أي : مشهور النسب (بأخوة مجهولٍ فأنكر
المجهول نسب المقر . . لم يؤثر فيه ، ويثبت أيضاً نسب المجهول) لأن المقر
مشهور النسب فلا يبالى بالتكذيب ، والمجهول أقر به الوارث الحائز فثبت نسبه .

(١) الحاوي الكبير (٢٧٧ / ٨) .

وَأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْوَارِثُ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ الْمُسْتَلْحَقُّ ؛ كَأَخِ أَقْرَبِ ابْنِ لِلْمَيِّتِ . . ثَبَتَ النَّسَبُ وَلَا إِرْثَ .

والثاني : أن المقر يحتاج إلى البينة على نسبه ؛ لأنهما اختلفا في إرثه ، واتفقا في إرث المقر له .

قال الروياني : وتعرف هذه المسألة بـ : أدخلني أخرجك^(١) .

والثالث : إن المجهول لا يثبت نسبه ؛ لأن المقر ليس بوارثٍ حائزٍ بزعمه .

قوله : (وأنه إن كان^(٢) الوارث الظاهر يحجبه المستلحق ؛ كأخ أقر بابن للميت . . ثبت النسب ولا إرث) أما ثبوت النسب . . فلا إقرار الوارث الحائز ظاهراً ، وأما عدم الإرث . . فلأنه لو ورث حجب الأخ ، ولو حجبه . . لخرج عن أهلية الإقرار ، وإذا بطل الإقرار . . فلا نسب ولا ميراث ، فلزم من توريثه منع توريثه .

والثاني : لا يثبتان ؛ لأنه لو ثبت النسب . . ثبت الإرث ولزم هذا المحذور .

والثالث : يثبتان ، ولا يلزم من حجب المقر خروجه عن أهلية الإقرار ؛ لأن الشرط كونه وارثاً لولا إقراره ؛ كما أن الشرط كونه حائزاً لولا إقراره ؛ ولذلك قُبِلَ إقرار الابن المستغرق بابن آخر وورث معه .

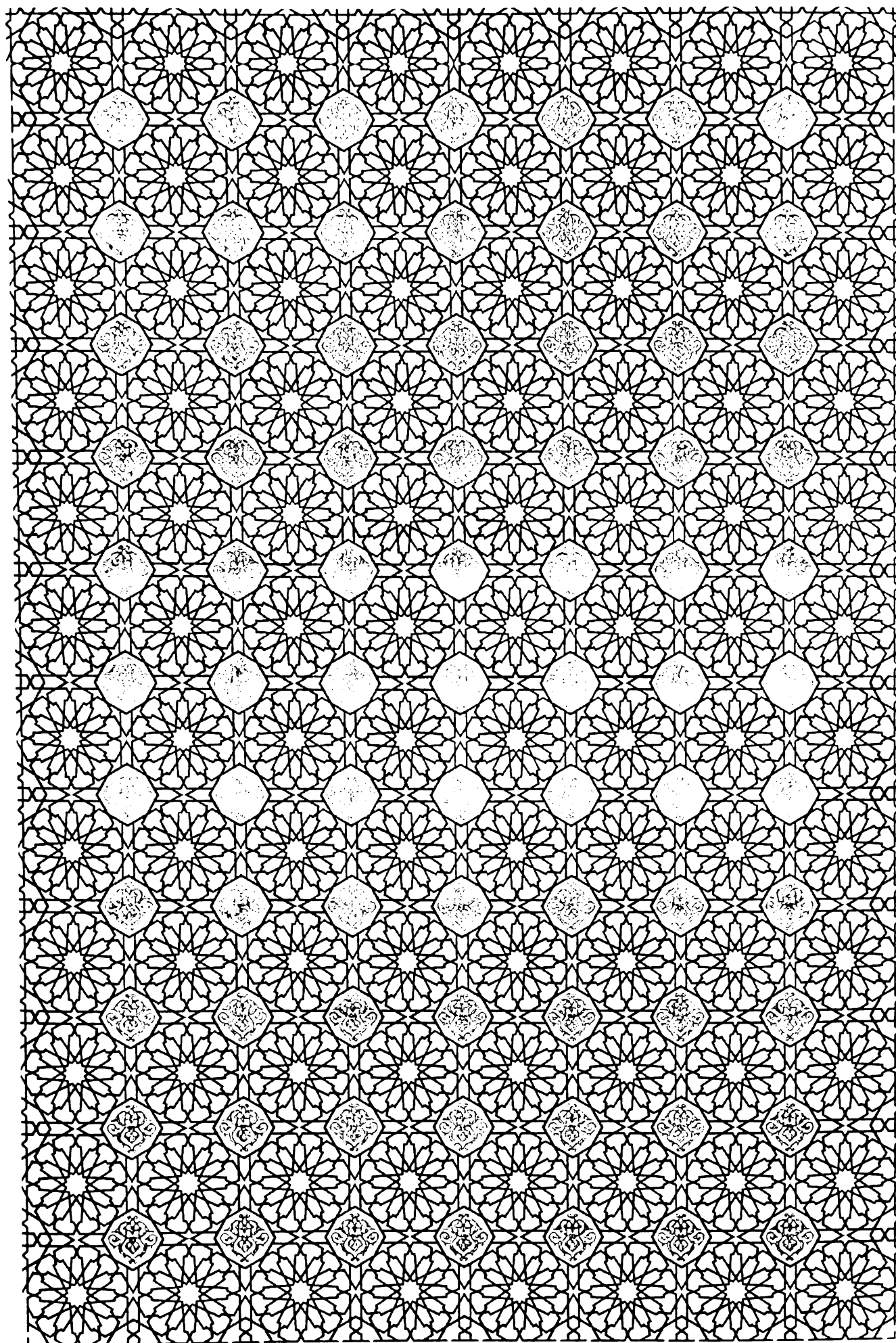
واختاره السبكي تبعاً لابن سريج وابن الصباغ ، رحمهم الله وإيانا بمنه وكرمه .

* * *

(١) بحر المذهب (١٧٥ / ٦) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (إذا كان) .

كتاب العارية



كتاب العارية

(كتاب العارية)

هي بتشديد الياء على المشهور : اسم للعين المستعارة ، منسوبة إلى العارة وهي اسم الإعارة ، يقال : أعاره إعارة وعارة بغير همز ، وقيل : مشتقة من التَّعَاوُر وهو : تداول القوم الشيء بينهم ، وحقيقتها شرعاً : إباحة المنافع .

والأصل في استحبابها قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [المائدة : ٢] وقوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ [الماعون : ٧] قال ابن مسعود : كنا نَعُدُّ الماعون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عارية الدلو والقدر ونحوه^(١) ، ووافقه على معنى هذا جماعة ، وقال علي وابن عمر : الماعون : الزكاة^(٢) ، وقال عكرمة : أعلاها : الزكاة ، وأدناها : عارية المتاع^(٣) .

وعن صفوان بن أمية : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال : أغضباً يا محمد ، فقال : « لَا ، بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » . رواه

(١) أخرجه أبو داود (١٦٥٧) ، والنسائي في « الكبرى » (١١٨١٣) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٢) أخرجه عنهما الطبري في « تفسيره » (٣٧٩٥١) ، (٣٧٩٥٢) ، (٨٧٩١ / ١٠) ، والحاكم في « المستدرک » (٥٣٦ / ٢) .

(٣) أخرجه البخاري قبل حديث (٤٩٦٤) مُعَلَّقاً ، قال الحافظ في « فتح الباري » [٧٥٥ / ٩] : (وأما قول عكرمة . . فوصله سعيد بن منصور بإسناد إليه باللفظ المذكور ، وأخرج الطبري والحاكم من طريق مجاهد عن علي مثله) .

شَرَطُ الْمُعِيرِ : صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ ، وَمِلْكُهُ الْمُنْفَعَةَ ، فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرًا لَا مُسْتَعِيرًا
عَلَى الصَّحِيحِ ،

أبو داود والنسائي والحاكم^(١) .

قوله : (شرط المعير : صحة تبرعه) لأن الإعارة تبرع بالمنافع فمن
لا يتبرع ؛ كالمكاتب وغيره من المحجور عليهم لا يعير .
قوله : (وملكه المنفعة) أي : لا يشترط أن يكون مالكا للرقبة بل ملكه
المنفعة يكفي .

قوله : (فيعير مستأجر) أي : بلا خلاف ؛ لأنه مالك المنفعة ، وكذا
الموصى له بالمنفعة والموقوف عليه إذا كانا مطلقين ، أي : لم يخص الموصي
أن يسكن الدار بنفسه وكذا الواقف ، فإن خص بذلك . . فليس له أن يسكن
غيره .

قوله : (لا مستعير على الصحيح) لأنه غير مالك للمنفعة ، وإنما أبيع له
الانتفاع والمستبيع لا يملك نقل الإباحة بدليل : أن الضيف لا يبيع لغيره
ما قدم له .

والثاني : يجوز ؛ كالمستأجر .

ومحل المنع إذا لم يأذن المعير ، فإن أذن . . فلا منع ، فإن لم يسم من يعير
له . . فالمستعير الأول على عاريته وهو المعير من الثاني ، والضمان باق عليه
وله الرجوع فيها ، وإن ردها الثاني عليه برىء ، وإن سماه . . انعكست هذه
الأحكام ، قاله الماوردي^(٢) .

(١) سنن أبي داود (٣٥٦٢) ، السنن الكبرى للنسائي (٥٩٥٦) ، (٥٩٥٧) ، المستدرک
(٤٧/٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٠٧/٨) .

وَلَهُ أَنْ يَسْتَتِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمُنْفَعَةَ لَهُ .

وَالْمُسْتَعَارِ : كَوْنُهُ مُنْتَفِعاً بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ،

فرع : يشترط في المستعير كونه أهلاً للتبرع عليه ، فلا تصح الإعارة للصبي كما لا يوهب له ، قاله في « الروضة »^(١) .

قال في « المهمات » : جزم في « الذخائر » بعدم صحة إعارة السفينة ؛ لكونها سبباً مضمناً ، وقال الماوردي في (الحجر) : إذا أعار من سفينة شيئاً فأتلفه . . حكمه كما لو أتلف الوديعة حتى يجيء فيها الخلاف في الضمان ، فلو صحت منه العارية . . لضمنها^(٢) .

قال ابن العماد : وقد تصح العارية وينتفي الضمان في صور ، منها : المستعير من المستأجر لا يضمن في الأصح ، ويتجه : أن يقال بصحة قبوله العارية وأنها لا تضمن إذا لم يتلفها .

نعم ؛ لو أعار سفينة من سفينة . . ضمن مطلقاً سواء تلفت أو أتلفت .

قوله : (وله أن يستتیب من يستوفي المنفعة له) كما إذا استعار دابة للركوب فركبها وكيله الذي هو مثله أو دونه في حاجته ، وكذا له أن يركبها زوجته وغلामه ؛ لأن الانتفاع راجع إليه ، قال السبكي : وقرار الضمان إذا تلفت على المستتیب .

قوله : (والمستعار : كونه منتفعاً به مع بقاء عينه) أي : كالعبد والثوب والدابة والدار ، وهو شرط لا تتحقق العارية بدونه ؛ فلا يجوز إعارة الأطعمة التي لا منفعة فيها إلا باستهلاكها قطعاً ، ولا الدراهم والدنانير على الصحيح .

(١) روضة الطالبين (٧٢ / ٤) .

(٢) المهمات (٦ / ٦) ، والحاوي الكبير (٢٢ / ٨) .

وَيَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِيَخْدُمَ امْرَأَةً أَوْ مَحْرَمًا ،

قال الإمام : ويجري الوجهان في إعاره الحنطة والشعير ونحوهما^(١) ، قال الرافعي : والأسبق إلى الفهم : أن الخلاف فيما إذا أطلق إعاره الدراهم ، أما إذا صرح بالإعارة للتزيين . . فينبغي أن يقطع بالصحة ، وبصحته أجاب في « التتمة » ، وإذا لم تصح عارية الدراهم والدنانير . . فهل هي فاسدة أو باطلة ؟ وجهان ، إن قلنا باطلة . . لم يضمن^(٢) .

فرع : لو دفع شاة إلى رجل وقال : أبحت لك درها ونسلها ، أو : أعرتكها . . فالأصح عند المصنف وغيره : أنها إباحة صحيحة والشاة عارية صحيحة ، بخلاف قوله : ملكتك درها ونسلها فإنها هبة فاسدة والشاة مضمونة بعارية فاسدة^(٣) ، ورجح في « المهمات » : القطع بالصحة في مسألة الإباحة ، وأن الخلاف فيما إذا أتى بلفظ العارية^(٤) ، قال الرافعي : وعلى هذا قد تكون العارية لاستفادة عين بخلاف الإجارة^(٥) .

قوله : (ويجوز إعاره جارية لخدمة امرأة أو محرم) .

اعلم : أنه يشترط كون المنفعة مباحة فيحرم استعارة آلات الملاهي والجارية للاستمتاع ، وأما للخدمة . . فيجوز إعارتها لامرأة أو محرم سواء كان من نسب أو رضاع ، وإلا . . فلا يجوز لخوف الفتنة ، إلا إذا كانت صغيرة

(١) نهاية المطلب (١٤٠ / ٧) .

(٢) الشرح الكبير (٣٧١ / ٥) ، (٨٩ / ٦) .

(٣) روضة الطالبين (٧٤ / ٤) .

(٤) المهمات (٨ - ٧ / ٦) .

(٥) الشرح الكبير (٣٧٣ / ٥) وعبارته : (وعلى هذا فقد تكون العارية لاستيفاء عين . . .) ،

وعبارة « الروضة » (٧٤ / ٤) : (لاستفادة عين) .

وَتُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ .

وَالْأَصَحُّ : اشْتِرَاطُ لَفْظٍ ؛ ك : أَعَرْتُكَ ، أَوْ : أَعَرْنِي ، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ الْآخَرِ ،

لا تشتهى أو قبيحة فيجوز في الأصح من « زوائده »^(١) ، وإن قلنا بالتحريم فَأَعَارَ . قال الغزالي : صحت العارية مع التحريم^(٢) ، قال ابن الرفعة : لأن المنع لغيره كالبيع وقت النداء ، وفائدته : أنه إذا استخدم لا تجب الأجرة^(٣) ، وقال الرافعي : يشبه أن يقال بالفساد ؛ كالإجارة للمنفعة المحرمة^(٤) .

قوله : (وتكره إعارة عبد مسلم لكافر) أي : كراهة تنزيه ، جزم به الرافعي^(٥) ، وجزم الجرجاني والشيخ أبو إسحاق بالتحريم^(٦) ، واختاره السبكي ، وجمع ابن الرفعة بينهما فحمل التحريم على الإعارة للخدمة والتنزيه على الإعارة لغيرها^(٧) .

فرع : لا يشترط تعيين المستعار ، فلو قال : أعرنني دابة فقال : ادخل الإصطبل فخذ ما أردت . . صحت الإعارة ، صرح به المتولي وابن الصباغ وغيرهما .

قوله : (والأصح : اشتراط لفظ ؛ ك : أعرتك ، أَوْ : أعرنني ، ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر) قياساً على إباحة الطعام ، فإن اللفظ من أحدهما

(١) روضة الطالبين (٧٣/٤) .

(٢) الوسيط (٢١٨-٢١٩) .

(٣) راجع « كفاية النبيه » (٣٦٣/١٠) .

(٤) الشرح الكبير (٣٧٢/٥) .

(٥) الشرح الكبير (٣٧٢/٥) .

(٦) التحرير (٣٤٢/١) .

(٧) راجع « كفاية النبيه » (٣٦٣-٣٦٤) .

وَلَوْ قَالَ : أَعَرْتُكَ لِتَعْلِفَهُ ، أَوْ : لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ . . فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ .

وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ .

شرط ، وقيل : يشترط اللفظ من جهة المعير ويكفي قبول المستعير بالفعل ، وقيل : لا حاجة إلى لفظ فيهما ، وبه قال المتولي .
قال السبكي : ليس المراد خصوص : أعرتك ، وأعرنى ، بل كل لفظ يؤدي هذا المعنى .

قوله : (ولو قال : أعرتك لتعلفه ، أَوْ : لتعيرني فرسك . . فهو إجارة فاسدة توجب أجرة المثل) لجهالة المدة والعوض ، وقيل : عارية فاسدة ؛ نظراً إلى اللفظ فلا تجب الأجرة ويضمن العين .

ولا فرق بين أن يقول : لتعلفه ، أَوْ : على أن تعلفه فإن كان العوضان معلومين كما لو قال : أعرتك هذا العبد شهراً من الآن بعشرة دراهم ، أَوْ : لتعيرني فرسك شهراً من الآن فهل هو إجارة صحيحة نظراً إلى المعنى ، أَوْ إعاره فاسدة نظراً إلى اللفظ ؟ وجهان ، قاله الرافعي^(١) ، قال الإسنوي : ومقتضاه : تصحيح الأول كما في مسألة الكتاب .

قوله : (ومؤنة الرد على المستعير) لقوله صلى الله عليه وسلم : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » . رواه الأربعة والحاكم وصححه^(٢) . ولأن الإعارة برّ ومكرمة فلو لم نجعل المؤنة على المستعير لامتنع الناس منها ، والمراد : ضمان الرد .

(١) الشرح الكبير (٣٧٥ / ٥) .

(٢) سنن أبي داود (٣٥٦١) ، سنن الترمذي (١٣١٢) ، سنن النسائي الكبرى (٥٩٦٣) ، سنن ابن ماجه (٢٤٠٠) ، المستدرک (٤٧ / ٢) عن سمرة رضي الله عنه .

فَإِنْ تَلَفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ .. ضَمِنَهَا وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ ،

هذا إذا رد على المعير ، فإن استعار من مستأجر أو موصى له بالمنفعة ورد على المالك .. فمؤنة الرد على المالك ؛ كما لو رد عليه المستأجر ، وعلم منه : وجوب الرد عند طلب المالك .

ويستثنى : ما إذا استعار من مكلف فحجر .. لا يجوز الرد إليه ، قاله الزركشي .

قوله : (فَإِنْ تَلَفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ .. ضَمِنَهَا وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ) وهذا ضمان العين ؛ لحديث صفوان^(١) ، وفي قول : إن المستعير لا يضمن إلا بالتعدي ، وأشار إليه المصنف بحرف الشرط .

فعلى الأول : لو أعار بشرط أن تكون أمانة .. لغا الشرط وكانت مضمونة ، وقال الزركشي : ينبغي أن تكون على الوجهين فيما لو أودعه مالا وقال : أبرأتك من ضمانه ، والأصح : أنه يبرأ .

قوله : (وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ) لأنه تلف باستعمال مأذون فيه فكيف يضمن ما أبيح له ؛ كما لو أذن في إتلاف المال بإحراق أو إلقاء في بحر فأتلف فلا شيء عليه ، والثاني : يضمن ؛ لأن العارية تقتضي الرد ، فإذا تعذر .. وجب الضمان .

ومراد المصنف : الاستعمال المأذون فيه حتى لو كان قميصاً فاتزر به أو لبسه في غير الوقت المأذون فيه .. صار كالغاصب يضمن المنافع والأجزاء .

ويستثنى : الهدى والأضحية إذا تلفا بالركوب المأذون فيه ، ويضمن

(١) وهو : « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » . سبق تخريجه أول الباب .

وَالثَّالِثُ : يَضْمَنُ الْمُتَمَحِقَ .

وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لَا يَضْمَنُ فِي الْأَصَحِّ .

المعير^(١) ، وليس لنا عارية جائزة مع العلم بالحال يضمن المعير فيها إلا هذه .
و ضمان المستعير أرش جناية العبد المستعار . . فيه وجهان ، ظاهر
النص : الضمان ، ذكر ذلك الزركشي .

قوله : (والثالث : يضمن المنمحق) يعني : ولا يضمن المنسحق ،
والانمحاق : تلف العين بالكلية ، والانسحاق : نقصان أجزائها ، فتلف الدابة
بالركوب أو الحمل المعتادين كالانمحاق ، وعقرها أو عرجها كالانسحاق .
والأصح : ضمان ما تلف من الأجزاء بغير الاستعمال .

قوله : (والمستعير من مستأجر لا يضمن في الأصح) لأن المستأجر
لا يضمن وهو نائبه ، ولذلك تستقر الأجرة على المستأجر وترتفع العارية
بمضي المدة .

نعم ؛ لو كانت الإجارة فاسدة . . ضمنا معاً والقرار على المستعير ، قاله
البغوي في « فتاويه »^(٢) .

والثاني : يضمن كالمستعير من المالك .

ومؤنة الرد على المستعير إن رد على المستأجر ، وعلى المالك إن رد
عليه .

وحكم المستعير من الموصى له بالمنفعة ومن الموقوف عليه . . حكم
المستعير من المستأجر .

(١) أي : إذا كان بعد دخول الوقت والتمكن من الذبح ، وإلا . . فلا ضمان على المعير ولا على

المستعير . مغني المحتاج (٣ / ٣٢١) .

(٢) فتاوى البغوي (ص : ٢٠١) .

وَلَوْ تَلَفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدٍ وَكِيلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ ، أَوْ فِي يَدٍ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ
لِيَرَوْضَهَا . . فَلَا ضَمَانَ .

وَلَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ ،

قوله : (ولو تلفت دابته في يد وكيل بعثه في شغله أو في يد من سلمها إليه
ليروضها . . فلا ضمان) لأنه نائبه وليس بمستعير .

ولو أركب إنساناً دابته ليحرزها به أو يحرز ما عليها من متاع . . فلا
ضمان ، ولو وجد من أعى في الطريق فأركبه فتلفت الدابة . . ضمنها سواء
استدعى الراكب أو بدأه المُركَّب ، وقيل : لا ضمان ، ولو أركبه مع نفسه . .
فعلى الرديف نصف الضمان ، وقيل : لا شيء عليه .

فائدة : قال في « المحكم » : رضت الدابة روضاً ورياضة : إذا وطأتها
وذللَّتها^(١) . انتهى

وفي « البحر » في (الإجارة) : إن زاد على العادة في الضرب . . ضمن ،
وإلا ؛ فإن كانت في يد صاحبها . . لم يضمن ، وإن انفرد بها . . فعلى القولين
في تضمين الأجير^(٢) ، ويرجع إلى أهل البصر بالرياضة ، حكاه الزركشي .

قوله : (وله الانتفاع بحسب الإذن) لأن المالك رضي به دون غيره ، فلو
استعار دابة ليركبها إلى موضع فجأوزه . . فهو متعدٍ من وقت المجاوزة ، وعليه
أجرة المثل ذهاباً ورجوعاً إلى ذلك المكان ، وفي وجوبها منه إلى بلد العارية
وجهان مبنيان على : أنه هل له الركوب ، أو يقول : بطلت العارية
بالمجاوزة ؟ وجهان . قال السبكي : وينبغي أن يكون الصحيح الأول .

(١) المحكم والمحيط الأعظم (٢٤٦/٨) .

(٢) بحر المذهب (١٩٦/٧) .

فَإِنْ أَعَارَهُ لِزَّرَاعَةِ حِنْطَةٍ . . زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْتَهَ ، أَوْ لِشَعِيرٍ . . لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ ، وَلَوْ أَطْلَقَ الزَّرَاعَةَ . . صَحَّ فِي الْأَصَحِّ ، وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ .

قوله : (فَإِنْ أَعَارَهُ لزراعة حنطة . . زرعها ومثلها إن لم ينهه ، أو لشعير . . لم يزرع فوقه كحنطة) يعني : أنه يزرع النوع المأذون فيه وما هو مثله أو دونه في الضرر إذا لم ينهه عن غيره ، وليس له أن يزرع ما فوقه في الضرر ؛ كالحنطة إذا أذن في الشعير ، أو الذرة والقطن إذا أذن في الحنطة ، وإن نهاه لم يزرع غيره .

وعبارة « المحرر » : (الحنطة والشعير)^(١) معرفين وهي أحسن ؛ لأنها أظهر في إرادة النوع .

وقول « المنهاج » : (ومثلها) أحسن من قول « المحرر » : (وما دونها)^(٢) فإنه يوهم منع المثل وهو لا يمتنع ، والاقتصار على المثل يدل على الدون من طريق الأولى .

وحيث زرع ما ليس له زرعه . . فللمعير قلعه مجاناً .

قوله : (ولو أطلق الزراعة) أي : ولم يبين المزروع (. . صح في الأصح ، ويزرع ما شاء) لإطلاق اللفظ ، والثاني : لا يصح ؛ لتفاوت المزروع .

والإطلاق أن يقول : ازرعها ، أو : أعرتك لتزرع ، أو للزراعة ، أما لو قال : لتزرع ما شئت . . فهو عام فيصح ، ويزرع ما شاء .

(١) المحرر (٢/٦٩٨) .

(٢) المحرر (٢/٦٩٨) .

وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبْنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ . . فَلَهُ الزَّرْعُ وَلَا عَكْسَ .
وَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرُ لِبْنَاءٍ ، وَكَذَا الْعَكْسُ ، وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ
إِعَارَةُ الْأَرْضِ مُطْلَقَةً ، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ الْمَنْفَعَةِ .

قوله : (وإذا استعار لبناء أو غراسٍ . . فله الزرع) لأنه أخف ، وقيل :
لا ؛ لأنه يرخي الأرض .

قوله : (ولا عكس) يعني : إذا استعار للزرع . . ليس له البناء والغراس ؛
لأن ضررهما أكثر .

قوله : (والصحيح : أنه لا يغرس مستعير لبناء ، وكذا العكس) أي :
لا يبنى مستعير لغراس ؛ لاختلاف جنس الضرر ، فإن ضرر الغراس في باطن
الأرض أكثر وضرر البناء في ظاهرها أكثر ، والثاني : يجوز ؛ لأن كلا منهما
للتأبيد ، وموضع المنع في الغراس ما يراد للدوام .
وعبر في « الروضة » بـ (الأصح) في هذه والتي بعدها^(١) .

قوله : (وأنه لا يصح إعارة الأرض مطلقة ، بل يشترط تعيين نوع المنفعة)
قياساً على الإجارة ، والثاني : يصح ، ولا يضر ما فيه من الجهالة ؛ لأن
العارية يحتمل فيها ما لا يحتمل في الإجارة ، واختاره السبكي .
والوجهان في كل ما ينتفع به بجهتين فصاعداً ؛ كالدابة تصلح للركوب
والحمل .

فلو قال : أعرتك لتنتفع بها كيف شئت ، أو : فيما بدا لك . . فوجهان ،
قال الإسنوي : والصحيح في نظيره من الإجارة : أنه يصح فالعارية أولى^(٢) ،
وقال السبكي : وينبغي القطع بالجواز .

(١) روضة الطالبين (٨١ / ٤) .

(٢) المهمات (١٢ / ٦) .

فصل

لِكُلِّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِذَنْفٍ . . فَلَا يَرْجِعُ حَتَّى
يَنْدَرِسَ أَثَرُ الْمَدْفُونِ .

(فصل)

[في بيان جواز العارية ، وما للمعير وعليه

بعد الرد في عارية الأرض ، وحكم الاختلاف]

(لكلٍ منهما رد العارية متى شاء) أي : سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ؛ لأنها
مبررة وتبرع ، فلو لزم . . امتنع الناس منها ، فلو استعمل المستعير العارية
جاهلاً بالرجوع . . فلا أجره عليه ، كذا نقله الرافعي عن القفال^(١) . وبحث ابن
الرفعة في وجوب الأجرة^(٢) ، ووافقه السبكي وقال : إن الصحيح :
الوجوب .

وينفسخ بالموت والجنون والحجر بالسفه ، فإذا مات المعير أو جُنَّ أو
حجر عليه . . وجب على المستعير الرد على وارثه أو وليه ، فلو أمسكها . .
عصى وعليه الأجرة ، وإذا مات المستعير . . وجب على وارثه الرد وإن لم
يطالب المعير ؛ فإن أمسكها لعدم إمكان الرد . . فهي مضمونة في التركة
ولا أجره ، ومع القدرة على الرد مضمونة على الوارث مع الأجرة ومؤنة الرد ،
والمؤنة في الأولى على التركة .

قوله : (إلا إذا أعار لذنْفٍ . . فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون) أي :
بأن يصير تراباً ؛ لأنه دفن بحق ، والنبش لغير ضرورة حرام ، لما فيه من هتك

(١) الشرح الكبير (٣٩٤ / ٥) .

(٢) كفاية النبيه (٤٠٧ / ١٠ - ٤٠٨) .

.....

حرمة الميت ، وليس للمعير المطالبة بأجرة ، قاله الماوردي^(١) والبغوي وغيرهما ، وأطلق الماوردي المنع من التصرف على ظاهر القبر^(٢) ، قال في « المطلب » : واستقر رأي القاضي حسين على امتناع الرجوع قبل الاندراس وبعده .

وصورة المسألة في الرجوع بعد الدفن ، أما قبل الحفر وبعده .. فله الرجوع ما لم يوضع فيه الميت ، وقيل : ما لم يوار بالتراب ، هذا لفظ « الشرح الصغير » .

فإذا رجع بعد الحفر .. غرم لولي الميت مؤنة الحفر ، قاله المتولي ، وفي « فتاوى البغوي » : لو بادر المعير إلى زراعة الأرض بعد حرث المستعير لها .. لم يلزمه أجرة الحراثة^(٣) ، والقياس التسوية بين المسألتين ، قاله الإسنوي .

وكما تلزم العارية في الدفن^(٤) .. تلزم إذا استعار للرهن وقبض المرتهن ، وإذا استعار داراً لسكنى المعتدة .

وإذا كفنه أجنبي - وقلنا : إن الكفن باقٍ على ملك الأجنبي ؛ كما صححه المصنف^(٥) - فهي إعارة لازمة ، ذكره الزركشي .

والضمير في قول المصنف : (فلا يرجع) يعود إلى لفظ (كل) فيتناول

(١) الحاوي الكبير (٣٠٦/٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٠٦/٨) .

(٣) فتاوى البغوي (ص : ٢٠٢) .

(٤) وفي (ب) : (العارية للدفن) .

(٥) روضة الطالبين (٣٤٤/٧) .

وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوْ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ ؛ إِنْ كَانَ شَرْطَ الْقَلْعِ
مَجَّاناً.. لَزِمَهُ ،

المعير والمستعير ، لكن يمتنع على الوارث الرجوع حيث يمتنع على المالك ؛
لأنه حق للميت .

قوله : (وإذا أعار للبناء أو الغراس ، ولم يذكر مدة ثم رجع ؛ إن كان^(١)
شرط القلع مجَّاناً.. لزمه) يعني : إذا رجع المعير للبناء أو الغراس بعد غرس
المستعير أو بنائه.. نظر ؛ إن شرط عليه القلع عند رجوعه وتسوية المقر.. لزمه ؛
لأنه رضي بالتزام الضرر الذي يحصل بالقلع ، فإن امتنع.. قلعه المعير مجَّاناً ، وإن
شرط القلع^(٢) دون التسوية.. لم تجب التسوية ؛ لأن شرط القلع رضا بالحفر .
وهذا إذا كان لا يمكن رفع البناء والغراس إلا بنقص .

أما لو أمكن بغير نقص يدخله.. فإنه يرفع من غير تفصيل .

وقوله : (ولم يذكر مدة) احتراز من المؤقتة ، وسيأتي حكمها^(٣) .

وقوله : (مجَّاناً) تبع فيه « المحرر »^(٤) ، وهو يوهم : أنه لو شرط القلع
ولم يقل : مجَّاناً.. لا يكون كذلك ، وعبارة « المذهب » وغيره : أنه إن
شرط القلع.. قلع^(٥) ، وهو المنصوص في « الأم » و« المختصر »^(٦)
فالصواب : حذفه^(٧) .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن كان) .

(٢) وفي (ب) : (شرط القطع) .

(٣) أي : في قول المتن : (والعارية المؤقتة كالمطلقة) .

(٤) المحرر (٦٩٩ / ٢) .

(٥) المذهب (٤٠١ / ٣) .

(٦) الأم (٣١٧ / ٨ - ٣١٨) ، مختصر المزني (ص : ١٦٤) .

(٧) أي : قول المتن : (مجَّاناً) .

وَالْأَيُّ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ . . قَلَعَ ، وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ : الْأَصَحُّ : يَلْزَمُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ولا خلاف أنه بعد الرجوع لا يجوز للمستعير البناء والغراس ، فلو فعل عالماً بالرجوع . . . قلع مجاناً وكلف التسوية ؛ كالغاصب ، وإن كان جاهلاً . . فالصحيح : أنه يقلع مجاناً .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يشترط القلع (فإن اختار المستعير القلع . . قلع) أي : بلا أرش ؛ لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه .

قوله : (ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح) لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع . . رضا بما يحدث منه (قلت : الأصح : يلزمه ، والله أعلم) لأنه قلع باختياره ، ولو امتنع منه . . لم يجبر عليه .

قال السبكي : والذي ينبغي أن يفتى به أن ما حصل من حفر بسبب البناء والغراس في مدة العارية . . لا يلزم تسويته ، وما حصل بسبب القلع زائداً على ذلك . . يلزم تسويته ، ولا ينكر إثبات الخلاف في كل منهما .

وقال الزركشي : هذا في المطلقة ، أما المؤقتة إذا انقضت وقد شرط المستعير القلع فقلع . . لا يلزمه التسوية بلا خلاف ؛ كما قاله ابن الرفعة^(١) .

فلو شرط المعير التملك بالقيمة عند الرجوع . . لزمه ذلك ، حكاه الزركشي عن « الإيضاح » للصيمري .

(١) راجع « كفاية النبيه » (٣٧٩ / ١٠) .

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً ، بَلْ لِلْمُعِيرِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ ،
أَوْ يَقْلَعْ وَيَضْمَنَ أَرْضَ النَّقْصِ ، قِيلَ : أَوْ يَتَمَلَّكُهُ بِالْقِيَمَةِ .

قوله : (وإن لم يختر . . لم يقلع مجاناً) لقوله صلى الله عليه وسلم :
« لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »^(١) . مفهومه : أن غير الظالم له حق والمستعير غير
ظالم .

والعرق : أربعة ظاهران وهما : البناء والغراس ، وباطنان وهما : البئر
والنهر ، نقله الماوردي عن الشافعي^(٢) .

فإذا وضع منها شيء ظلماً وجب إزالته ، فيقلع البناء والغراس ، ويطم البئر
والنهر بغير غرم .

قوله : (بل للمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة ، أو يقلع ويضمن أرض
النقص ، قيل : أو يملكه بالقيمة)^(٣) هذا الذي أشار إليه ؛ من ترجيح تخيير
المعير بين الإبقاء والقلع . . تبع فيه « المحرر » و« التنبيه » ، لكن ليس في
« التنبيه » ذكر الأجرة^(٤) ، بل قيد بها ابن يونس كلامه^(٥) .

والذي صححه في « الروضة » : التخيير بين القلع بضمان الأرض والتملك
بالقيمة^(٦) .

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) ، والترمذي (١٤٣٣) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه ،
والبخاري معلقاً قبل رقم (٢٣٣٥) (باب من أحيا أرضاً مواتاً) وقال الترمذي : هذا حديث
حسن غريب .

(٢) الأم (٥٥٥ / ٧) ، الحاوي الكبير (٣٤٥ / ٨) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (بقيمته) .

(٤) المحرر (٦٩٩ / ٢) ، التنبيه (ص : ٧٨) .

(٥) غنية الفقيه (٢٤٦ / ٣) .

(٦) روضة الطالبين (٨٤ / ٤) .

والثالث : يتخير بين الثلاث خصال : الإبقاء بالأجرة ، والتملك بالقيمة ، والقلع بضمان الأرث وهو : التفاوت بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، فإذا اختار المعير خصلة .. أجبر عليها المستعير ، وإلا .. كلف تفريغ الأرض .

فإن اختار بدل الأرث والقلع .. فلا ينبغي أن يكتفي الحاكم بذمته بل لا يمكنه من القلع إلا بتسليمه للمستعير أو بجعله عند عدل .

ومحل الخلاف في الأرض الخالصة للمعير ، فإن بنى أحد الشريكين أو غرس بإذن صاحبه .. فليس له إذا رجع إلا الإبقاء بالأجرة ، نقله الرافعي عن المتولي^(١) .

قال الزركشي : والتحقيق : أنه لا يتعذر التملك بالقيمة بل يملك بقدر نصيبه من الأرض ، ومحلّه أيضاً : ألا يكون على الأشجار ثمرة لم يبد صلاحها ، فإن كانت .. فلا تخيير إلا بعد جدادها ، قاله القاضي حسين والإمام في (الصلح)^(٢) .

قال الإسنوي : لكن المنقول في نظيره من الإجارة هو التخير .
ثم إن اختار التملك .. ملك أيضاً الثمرة إن كانت غير مؤبرة ، وأبقاها إلى أوان الجداد إن كانت مؤبرة .

فرع : لو بادر المستعير إلى الوقف .. صح وقفه وبقي التخير ؛ كما في الشقص المشفوع ، فإن اختار المالك الإبقاء بالأجرة .. فالأجرة في الربيع ، نقله الإسنوي عن « فتاوي ابن الصلاح » في المستأجرة^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٣٨٨ / ٥) .

(٢) نهاية المطلب (٤٨٣ / ٦) .

(٣) فتاوى ابن الصلاح (٣٢٨ / ١) مسألة (٢٠٩) .

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً إِنْ بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأَجْرَةَ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ ،

قوله : (فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً إِنْ بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأَجْرَةَ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ) يعني : إذا لم يختَر المعير واحدة من الخصال وطلب القلع مجَّاناً ، فَإِنْ بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأَجْرَةَ . . لم يكن له ذلك ؛ لانتفاء الضرر ، وكذا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ ؛ لأن العارية تقتضي الانتفاع من غير عوض .

والثاني : يقلع ؛ لأنه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجره .
تنبيه : قال الإسنوي : لم يبين الرافعي والمصنف وغيرهما قدر الأجرة ، وأقرب ما يمكن ما ذكروه في الصلح : من بيع حق البناء دائماً بعوض حال بلفظ البيع أو الإجارة ، وإن جهلت المدة . . فينظر إلى المشغول من الأرض ، ويقال : لو أوجر هذا البناء دائماً بعوض حال . . كم كان يساوي ؟ فإذا قيل : كذا . . أوجبناه ، لكنه يلزم منه أن يبني ويغرس غيره عند تلفه أو قلعه وأن يؤجر المنفعة لغيره ، وفيه بُعد .

وفي « التحرير » عن « التوشيح » : إذا اختار المعير التبقية بأجرة ؛ فَإِنْ اعتبرنا رضا المستعير . . اشترط تعيين المدة ؛ كسائر الإجازات ، وإذا عين مدة وعين المستعير أقل منها أو أكثر : فهو الذي ينبغي أن يجاب ، وإذا انقضت . . فالأقرب : تعيين الإجارة ؛ لرضاه بها أولاً ، وليس له الانتقال إلى خصلة أخرى ، وإن لم يعتبر رضا المستعير . . لا تتعين مدة ؛ كما لا يشترط لفظ ، ويكون حكمها حكم الإجارة ، وتكون دائمة ، فإذا قال : أُبْقِيهَا بِأَجْرَةِ المثل . . وجب الإبقاء بذلك^(١) .

(١) تحرير الفتاوى (١٧٥ / ٢) .

ثُمَّ قِيلَ : يَبِيعُ الْحَاكِمُ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُعْرَضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا ، وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، وَلَا يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بغيرِ إِذْنٍ لِتَفَرُّجٍ ، وَيَجُوزُ لِلْسَّقِيِّ وَالْإِصْلَاحِ فِي الْأَصَحِّ ،

قوله : (ثم قيل : يبيع الحاكم الأرض وما فيها ويقسم بينهما) أي : حيث أبقياه ولم يقلعه مجاناً . يبيع الحاكم عليهما ويقسم الثمن على أرضٍ وبناء محترم وهو أكثر قيمة من المستحق القلع عيناً ، ومن الذي يجب أجرته .

وكذا في تقويم البناء إذا أراد المعير تملكه أو بذل أرشه . . فما يخص البناء والغراس يدفع للمستعير ، وما يخص الأرض لصاحبها .

قوله : (والأصح : أنه يعرض عنهما حتى يختارا شيئاً) لأنه لا يقدر على فصل الخصومة بالكلية والبيع ليس هو الواجب .

وقوله : (يختارا) هو بالألف في « المحرر » و« المنهاج »^(١) والصواب : حذفها ؛ كما في « الروضة »^(٢) لأن اختيار المعير كاف في فصل الخصومة .

قوله : (وللمعير دخولها والانتفاع بها) أي : في حال المنازعة ؛ لأنها ملكه ، ويستظل بالبناء والأشجار .

قوله : (ولا يدخلها المستعير بغير إذن لتفرج) أي : كالأجنبي (ويجوز للسقي والإصلاح في الأصح) أي : ونحوه ؛ كاجتناء الثمار ؛ صيانة لملكه عن الضياع ، والثاني : لا ؛ لأنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه .

(١) المحرر (٢/٧٠٠) ، المنهاج (ص : ٢٩٨) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٨٥) ، وفي المطبوع منه : « يعرض الحاكم عنهما إلى أن يَخْتَارَا شَيْئًا » وهو خطأ ، فقد جزم الإسنوي بأن النووي حذف الألف من (يختارا) في « الروضة » . راجع « المهمات » (٦/٢٠) ، و« تحفة المحتاج » (٥/٧٥٠-٧٥١) .

وَلِكُلِّ بَيْعٍ مِّلْكِهِ ، وَقِيلَ : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ .

فعلى الأصح : لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله . . لا يمكن إلا بأجرة ، نقله الرافعي عن المتولي^(١) .

قوله : (ولكل بيع ملكه) أي : من صاحبه قطعاً ومن أجنبي على الأصح .
فإن باع المعير لأجنبي . . تَخَيَّرَ الأجنبي تَخَيَّرَ المعير ، وإن باع المستعير . .
كان المعير على خيرته ، لكن للمشتري الفسخ إن جهل الحال .
وأشار بالبيع لكل مزيل للملك ومنه الوقف ، قاله الزركشي .

قوله : (وقيل : ليس للمستعير بيعه لثالث) لأن ملكه غير مستقر ؛ لأن
للمعير أن يبذل قيمته ويأخذه .

والصحيح الأول ؛ لأن عدم الاستقرار لا يمنع صحة البيع ؛ كالشقص
المشفوع يجوز للمشتري بيعه وإن جاز أن ينتزعه الشفيع .

ولم يذكر المصنف في بيع المعير لثالث خلافاً ، وقد حكاه الماوردي
والرويانى وصححا البطلان ، قالا : وإذا صححنا البيع . . أجبرنا المستعير على
القلع وأجبرنا المعير على بذل أرش النقص ؛ كما يجبر على مؤنة التسليم^(٢) .

ولو اتفق المعير والمستعير على بيع الأرض بما فيها بثمن واحد . . صح في
الأصح ؛ للحاجة ، وفي توزيع الثمن الوجهان فيما إذا غرس الراهن الأرض
المرهونة ، قاله المتولي ، وقال البغوي : يوزع على الأرض مشغولة ، وعلى
ما فيها وحده ، حكاه الرافعي^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٣٨٧/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٠٧/٨) ، بحر المذهب (٣٩٧/٦) .

(٣) الشرح الكبير (٣٨٧/٥) ، وليس في (أ) قوله : (وقال البغوي . .) إلى قوله : (حكاه
الرافعي) .

وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَّاناً إِذَا رَجَعَ .
وَإِذَا أَعَارَ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ . . فَالصَّحِيحُ : أَنَّ عَلَيْهِ الْإِبْقَاءَ
إِلَى الْحَصَادِ ، وَأَنَّ لَهُ الْأَجْرَةَ .

وحكم الدخول والانتفاع والبيع في ابتداء الرجوع إلى الاختيار على
ما ذكرناه فيما إذا امتنع من الاختيار .

قوله : (والعارية المؤقتة كالمطلقة) أي : في جميع ما سبق سواء انتهت
المدة ، أو رجع قبلها ، أما بعد المدة . . فلأنه محترم ولم يشترط نقضه فلا
ينقض مجاناً ، وأما قبله . . فلأن وضع العواري على الجواز ، والتأقيت وعد ،
فلا يجب الوفاء به .

وقيل : يمنع الرجوع قبل المدة .

قوله : (وفي قول : له القلع فيها مجاناً إذا رجع) أي : إذا انتهت المدة ؛
ذهاباً إلى أن فائدة التأقيت هو : القلع بعد المدة .

وجوابه : أن التأقيت كما يجوز أن يكون للقلع يجوز أن يكون للمنع من
إحداث غرس أو بناء بعد المدة ، أو لطلب الأجرة .

وقيد الرافعي هذا القول بما بعد المدة^(١) ؛ فكان ينبغي للمصنف أن
يقيده .

قوله : (وإذا أعار لزراعة) أي : مطلقاً ولم يعين مدة (ورجع قبل إدراك
الزرع . . فالصحيح : أن عليه الإبقاء إلى الحصاد ، وأن له الأجرة) أما
تبقيته . . فلأن له أمداً ينتظر .

(١) المحرر (٧٠٠/٢ - ٧٠١) ، الشرح الكبير (٣٨٨/٥ - ٣٨٩) ، وراجع « تحرير الفتاوي »
(١٧٦/٢) .

فَلَوْ عَيْنَ مُدَّةٍ وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا ؛ لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزَّرَاعَةِ . . قَلَعَ مَجَّانًا .

نعم ؛ إن كان الزرع مما يعتاد قلعه . . كلف القلع .
وأما الأجرة . . فلأن بالرجوع انقطعت الإباحة ، فأشبهه ما إذا أعاره دابة إلى بلد ، ثم رجع في الطريق . . فإنه يجب عليه نقله إلى مأمن بأجرة المثل .
وقيل : يبقيه بغير أجرة وهو قول المزني ، واختاره الروياني^(١) ؛ لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع .
وقيل : له أن يقلع ويغرم أرش النقص ، وقيل : له تملكه بالقيمة .
والخلاف حيث لم يعتد قطعه قبل الإدراك ، فإن اعتيد كالقصيل^(٢) . . كلف قطعه قطعاً .

قال ابن الرفعة : ولو لم ينقص بالقطع^(٣) . . أجبر عليه .
وهذا إذا علم المستعير بالرجوع ، فإن لم يعلم . . فعن « فتاوى القفال » :
الجزم بأنه لا يلزم الأجرة ، حكاه الزركشي .
قوله : (فلو عين مدة ولم يدرك فيها ؛ لتقصيره بتأخير الزراعة . . قلع مجاناً) أي : بلا خلاف ؛ لتقصيره ، ويلزمه تسوية الأرض .
وأفهم كلامه : أنه إذا لم يكن سببه التقصير بالتأخير . . لا يقلع مجاناً ، بل يكون ؛ كما لو أعار مطلقاً ، صرح به الرافعي^(٤) .

(١) راجع « بحر المذهب » (٤٠٥/٦) ، و« البيان » (٥٢٣/٦) ، و« نهاية المطلب » (١٦٢-١٦٣/٧) .

(٢) القصيل : ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب . المعجم الوسيط . (ص : ٧٤٠) .

(٣) وفي (ب) : (بالقلع) .

(٤) الشرح الكبير (٣٨٨/٥) .

وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضِهِ فَنَبَتَ . . فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ،
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ .

وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا : أَعَرْتَنِيهَا ، فَقَالَ : أَجَرْتُكَهَا ، أَوْ اخْتَلَفَ
مَالِكُ الْأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ . . فَاَلْمُصَدِّقُ الْمَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

قوله : (ولو حمل السيل بذراً إلى أرضه فنبت . . فهو لصاحب البذر)
أي : إذا كان له قيمة ولم يعرض عنه ؛ لأنه باق على ملكه ، وكذا إن لم يكن له
قيمة على الأصح .

وحمل الهواء كحمل السيل .

والبذر يتناول الحب والنوى ، وأصله مصدر سمي به المبدور مجازاً .

قوله : (والأصح : أنه يجبر على قلعه) أي : مجاناً ؛ لأن ملكه حصل في
ملك غيره بغير إذنه فأجبر على إزالته وإن لم يكن بفعله ؛ كما لو حصلت
أغصانه في هواء غيره ، ولا أجره عليه لما مضى .

والثاني : لا يجبر ؛ لأنه لم يوجد منه تعدّ فيكون كالمستعير ، وينظر في
النابت أهو شجر أم زرع ويترك إلى أن يحصد ويلزمه الأجرة .

قوله : (ولو ركب دابة وقال لمالكها : أعرتنيها ، فقال : أجرْتُكها^(١)) ، أو
اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك . . فالمصدق المالك على المذهب (كما
لو أكل طعام الغير وقال : أبخته لي ، فأنكر . . فإن القول قوله .

والثاني : يصدق الراكب والزارع ؛ لأن المالك قد وافقهما على إباحة
المنفعة ، والأصل براءة ذمتهما من الأجرة .

والثالث : يصدق المالك في الأرض دون الدابة ؛ لأن الإعارة تغلب في

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (بل أجرْتُكها) .

وَكَذَا لَوْ قَالَ : أَعَرَّتْنِي وَقَالَ : بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي ؛ فَإِنْ تَلَفْتَ الْعَيْنُ . . . فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ ، لَكِنْ الْأَصَحُّ : أَنَّ الْعَارِيَةَ تُضْمَنُ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ ،

الدواب وتندر في الأراضي .

وهذه الأقوال ملخصة من اختلاف الأصحاب ؛ لأن المنصوص : تصديق الراكب دون الزارع ، فبعضهم قرّر النصين ثمّ ، والأكثر على قولين ؛ أصحهما : تصديق المالك ، فيحلف على نفي الإعارة وإثبات الإجارة ، ويستحق أجره المثل على الأصح فيهما ، فإن نكل . . لم يحلف الراكب ولا الزارع ؛ لأنهما إنما يدعيان الإعارة وليست لازمة .

وعن القاضي حسين : أنهما يحلفان ؛ للتخلص من الغرم .

وهذا إذا اختلفا والدابة باقية بعد مضي مدة لها أجره ، فإن لم تمض مدة لها أجره . . فالقول قول الراكب بيمينه بلا خلاف ، فإن اختلفا بعد التلف عقب الأخذ ، فالراكب مقر بالقيمة والمالك ينكرها فَيَرْتَدُّ بَرَدُّهُ ، أو بعد مدة لها أجره . . فعلى الصحيح : أن اختلاف الجهة لا يمنع الأخذ ، فإن لم تزد الأجره على القيمة . . أخذها بلا يمين ، وإن زادت . . أخذ قدرها ، وفي المصدق في الزائد الخلاف السابق^(١) .

قوله : (وكذا لو قال : أعرتني ، وقال : بل غصبت مني) أي : إنه على الخلاف السابق ، والمصدق المالك على الأصح إذا مضت مدة لها أجره ، وإلا . . فلا معنى للمنازعة .

قوله : (فإن تلفت العين) أي : في هذه الصورة (. . فقد اتفقا على الضمان ، لكن الأصح : أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف) لأن الأصل رد العين ، وإنما تجب القيمة بالفوات ، وإنما تتحقق بالتلف .

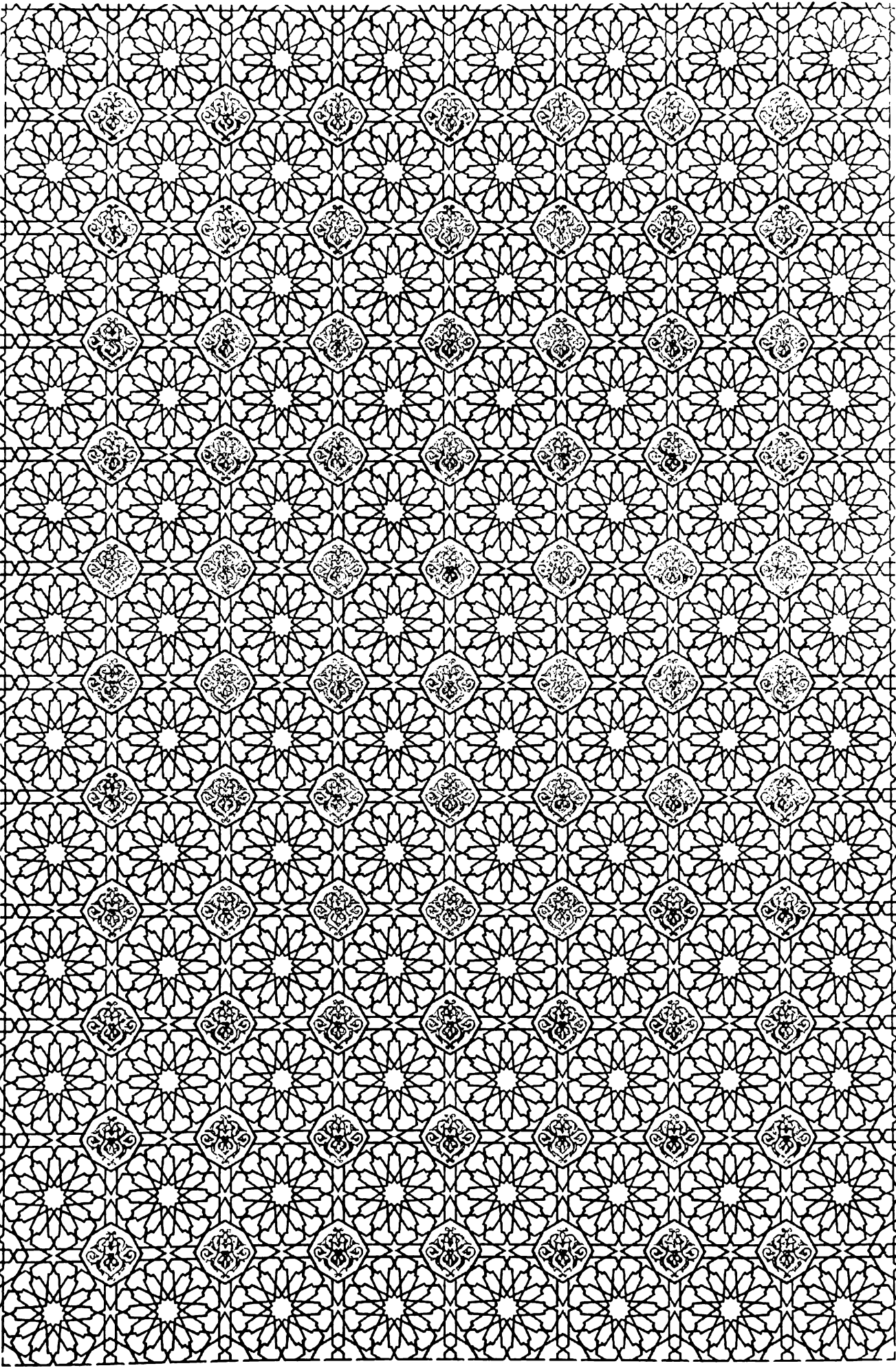
(١) أي : آنفاً .

لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ ، وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ ، فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ أَكْثَرَ . . حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ .

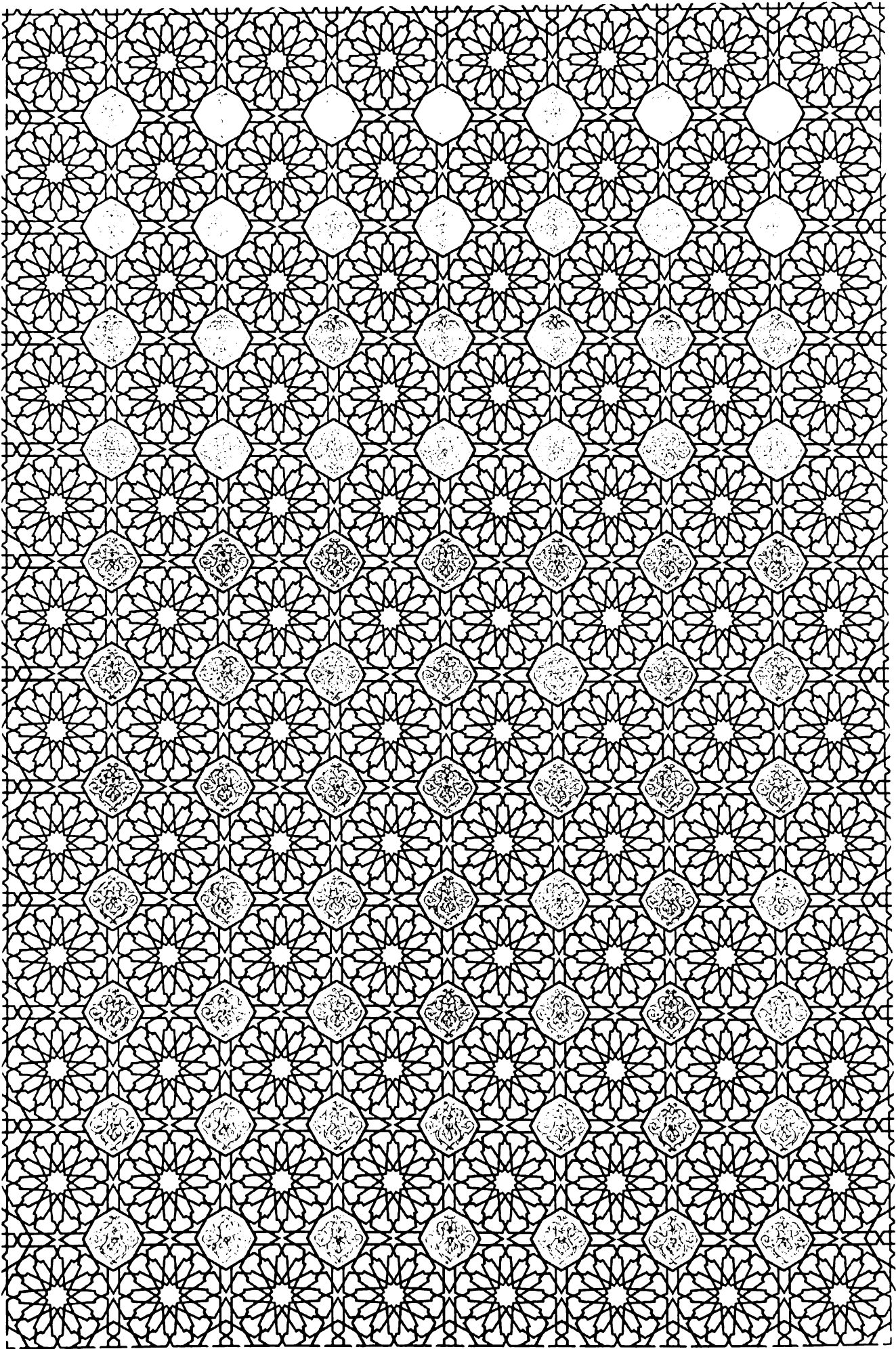
قوله : (لا بأقصى القيم ، ولا بيوم القبض ، فإن كان ما يدعيه المالك أكثر . . حلف للزيادة) أي : بأن تكون قيمتها يوم التلف أقل فيحلف للزيادة ؛ لأن غريمه ينكرها ، وما دون ذلك يأخذه بلا يمين ، إلا إذا قلنا اختلاف الجهة يمنع من الأخذ . . فلا يأخذ شيئاً إلا بيمين على الأصح .

وإذا كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجرة . . فالحكم في الأجرة على ما سبق عند بقاء العين ، والله تعالى أعلم .

* * *



كتاب الغضب



كِتَابُ الْغَضَبِ

هُوَ : الاستيلاء عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا ،

(كتاب الغضب)

قال تعالى : ﴿وَبَلِّغْ لِلْمُطَفِّفِينَ﴾ [المطففين : ١] والتطفيف : غضب القليل ، فكيف بالكثير .

وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته بمنى : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » . متفق عليه^(١) .

ونقل الماوردي : الإجماع على فسق فاعله وكفر مستحله^(٢) ؛ لأنه معلوم من الدين بالضرورة .

قوله : (هو : الاستيلاء على حق الغير عدواناً) هذا حده الشرعي .
وأما في اللغة : فهو أخذ الشيء ظلماً مجاهرة ، فإن أخذه من حرزٍ سرّاً . سمي سرقة .

والاستيلاء يرجع فيه إلى العرف ، وحق الغير يدخل فيه المال وما يجري مجراه ؛ كالكلب وجلد الميتة والسرجين وحبة الحنطة وحق التحجر .

وإدخال (أل) على صيغة (غير) ممتنع عند أهل العربية ؛ لأنها ملازمة للتنكير ، قال الزركشي : وسمح فيه بعضهم .

(١) صحيح البخاري (٤٤٠٦) ، صحيح مسلم (١٦٧٩) عن أبي بكر رضي الله عنه .

(٢) الحاوي الكبير (٣١٠ / ٨) .

فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ . . فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يَنْقُلْ .

وقوله : (عدواناً) ، أي : على وجه التعدي ؛ بحيث يأثم به ، فخرج منه الوديعة والعارية والسوم ؛ فإنه بإذن المالك ، وما إذا أخذ مال غيره بظنه ماله . . فلا يسمى غصباً وإن كان يضمه ضمان الغصب .

قوله : (فلو ركب دابة أو جلس على فراش . . فغاصب وإن لم ينقل) لحصول الاستيلاء التام ، وقيل : لا بد من النقل .

فعلى الأول : إن لم يكن المالك معه على البساط . . فهو غاصب للكل ، وإن كان معه . . فهو غاصب للنصف .

وإطلاق المصنف يقتضي : أنه لا فرق بين أن يقصد الاستيلاء أم لا ، وجزم به في « الروضة »^(١) ، وقال الرافعي : يشبه أن تكون الصورة ما إذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء ، فإن لم يقصد . . ففي كونه غاصباً وجهان في « التتمة »^(٢) .

قال السبكي : وليس الوجهان في « التتمة » في كونه غاصباً ، بل في كونه ضامناً .

قال الزركشي : هو عنده ضمان عارية لا ضمان غصب .

وهذا أبلغ في المعنى الذي قصده الرافعي ، وصرح به في « الكافي » .

وفي معنى ركوب الدابة : استخدام العبد ، ذكره ابن كج في « التجريد » ، وذكر القاضي حسين : أنه بغير إذن المالك يكون غصباً^(٣) .

(١) روضة الطالبين (٩٨ / ٤) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٦ / ٥) .

(٣) راجع « فتاوى القاضي حسين » (ص : ٢٤٤) .

وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا ، أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ . .
فَغَاصِبٌ ، وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَآهٍ .

وَلَوْ سَكَنَ بَيْتاً وَمَنَعَ الْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ . . فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ .

قوله : (ولو دخل داره وأزعجه عنها ، أو أزعجه وقهره على الدار ولم يدخل . . فغاصب) قال السبكي : الأولى لا خلاف فيها قصد الاستيلاء أم لا ؛ لأن صورة الاستيلاء ظاهرة والأمتعة التي في الدار إن منع المالك من نقلها . . صار ضامناً ، وإلا . . فلا .

ونقل الزركشي حكم الأمتعة عن القاضي والمتولي ثم قال : وفي « البحر » : لو غصب داراً وفيها متاع ولم ينقله . . هل يصير غاصباً له ؟ وجهان^(١) ، وجزم في « الكافي » : بأنه غاصب - وهو الأقرب - تبعاً للدار ، والثانية أشار المصنف بقوله : (وقهره على الدار) أنه لا بد من الاستيلاء .

قوله : (وفي الثانية وجه وآه) أي : فيما إذا استولى ولم يدخل : أنه لا يكون غاصباً ، أخذه الرافعي من مقتضى كلام الغزالي^(٢) ، فلو لم يوجد إلا الازعاج ؛ كما لو أرسل إليه صاحب سطوة يأمره بالخروج فخرج . . فلا ضمان قطعاً .

قوله : (ولو سكن بيتاً ومنع المالك منه دون باقي الدار . . فغاصب للبيت فقط) لأنه استولى عليه دون غيره ، وعلم من عدم غصبه للدار أن مجرد الدخول لا يكون غصباً .

(١) بحر المنهـب (٤٣٥/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٦/٥-٤٠٧) ، الوسيط (٢٢٧/٢) .

وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الْاِسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ الْمَالِكُ فِيهَا . فَغَاصِبٌ ، وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ . فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ الدَّارِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفاً لَا يُعَدُّ مُسْتَوِلياً عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ .

وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّدُّ ،

قوله : (ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها . فغاصب) أي : سواء كان الداخل ضعيفاً أو قوياً .

وقيل : إذا كان ضعيفاً . لا يكون غاصباً ، ورُدَّ بأن الاستيلاء حاصل في الحال ، وقوة المالك أثرها في سهولة الانتزاع ، فكان كما لو سلب قلنسوة مَلِكٍ . . يكون غاصباً .

واحترز بقصد الاستيلاء : عما لو دخل لينظر هل تصلح له ليشتريها أو ليتخذ مثلها . . فإنه لا يكون غاصباً ، ولو انهدمت في تلك الحالة . . لا ضمان عليه على الصحيح .

قوله : (وإن كان ولم يزعجه) أي : إذا كان المالك في الدار ودخل واستولى معه (. . فغاصب لنصف الدار) لاجتماع يديهما واستيلائهما معاً عليها ، وقيل : لا يكون غاصباً لشيء منها ، ورجحه في « البحر »^(١) .

قوله : (إلا أن يكون ضعيفاً لا يعد مستولياً على صاحب الدار) أي : فلا يكون غاصباً لشيء منها ؛ لعدم تحقق الاستيلاء .

وقياس ما ذكره : أنه لو كان الداخل قوياً والمالك ضعيفاً . . كان الداخل غاصباً لجميعها إذا قصد الاستيلاء .

قوله : (وعلى الغاصب الرد) أي : على الفور سواء طولب به أم لا ،

(١) بحر المذهب (٤٣٢/٦) .

فَإِنْ تَلَفَ عِنْدَهُ . . ضَمِنَهُ .

كثرت قيمته أم قلت ، ولو غرم أضعاف قيمته ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم :
« عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »^(١) . وعليه مؤنة الرد ، ويرد إلى المالك أو
وكيله أو وليه .

ولو غصب الوديعة من المودع ، أو العين المستأجرة من المستأجر ، أو
المرهونة من المرتهن أو العدل ، ثم رد إليهم . . برىء ، وقيل : لا يبرأ إلا
بالرد إلى المالك .

ولو غصب من المستعير أو المستام ثم رد إليه . . فوجهان .

ولو رد الدابة إلى إصطبل المالك . . برىء إن علم المالك ، نقله الرافعي
عن « التتمة »^(٢) .

ولو أخذ ملبوس العبد ، أو الآلات التي يعمل بها ، أو الآلة من الأجير . .
برىء بالرد إليهما ، قاله البغوي في « فتاويه »^(٣) .

هذا في المنقول ، أما غيره . . فردّه برفع اليد عنه وإعلام المالك بالتخلية ،
قال في « البيان » : وكذا لو لم يعلمه ولكن المالك استولى عليه^(٤) ، حكاه
الزركشي .

قوله : (فإن تلف عنده . . ضمنه) أي : إذا كان له قيمة ، أما ما لا قيمة
له ؛ كالسرجين ونحوه . . فلا ضمان .

(١) أخرجه الحاكم (٤٧/٢) ، وأبو داود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٣١٢) ، وابن ماجه
(٢٤٠٠) عن سمرة رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (٤٨١/٥) .

(٣) فتاوى البغوي (ص : ٢١٥) .

(٤) البيان (١١/٧) .

وَلَوْ أَتْلَفَ مَالاً فِي يَدِ مَالِكِهِ . . ضَمِنَهُ .

وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقِّ مَطْرُوحٍ عَلَى الْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضٍ رِيحٍ . . لَمْ يَضْمَنْ .

وفهم منه : أن الضمان يجب بالإتلاف بطريق الأولى وكما يضمنه بالتلف يضمن النماء إلا الحمل فإنه إن تلف بغير صنع منه . . لا يضمنه على الأصح ، حكاه الزركشي عن « تحرير الجرجاني »^(١) .

قوله : (ولو أتلف مالا في يد مالكه . . ضمنه) للإجماع ، وهذا ليس غصباً ، ولكن الأصحاب ذكروا هنا أسباب العدوان استطراداً .

قوله : (ولو فتح رأس زق مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح ، أو منصوب فسقط بالفتح وخرج ما فيه . . ضمن) لمباشرة الإتلاف ، ومثل الرافعي سقوطه بالفتح : بما إذا كان يحرك الخيط ويجذبه حتى أفضى إلى السقوط ، وكذا إذا تقاطر ما فيه بالفتح شيئاً فشيئاً حتى ابتل أسفله فسقط ؛ لأن ذلك ناشئ عن فعله ؛ فيضمن^(٢) .

نعم ؛ لو كان المالك حاضراً وأمكنه التدارك فلم يفعل . . فوجهان .

قوله : (وإن سقط بعارض ريح . . لم يضمن) لأن الخروج لم يوجد بفعله ولا بسببه .

وعروض الزلزلة ووقوع الطائر عليه كعروض الريح .

ولو لم يعلم كيف سقط . . قال ابن الصباغ : لم يضمن ، قاله السبكي ،

(١) التحرير (٣٤٥/١) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٠/٥) .

وَلَوْ فَتَحَ قَفْصاً عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ.. ضَمِنَ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى
الْفَتْحِ.. فَلَا ظَهْرُ : أَنَّهُ إِنْ طَارَ فِي الْحَالِ.. ضَمِنَ ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ..
فَلَا .

ونقله الزركشي عن « البحر » أيضاً^(١) .

هذا كله إذا كان ما في الزُّق مائعاً ، فإن كان جامداً ، وشرقت الشمس
فأذا به وضاع ، أو ذاب بمرور الزمان.. فالأصح : الوجوب ، ولو قرَّب
الفتاح أو غيره ناراً من الجامد ، فذاب وضاع.. فكذلك في الأصح .

قوله : (ولو فتح قفصاً عن طائر وهيجه فطار.. ضمن) لأنه طار بفعله ،
وللإجماع ؛ كما قاله الماوردي^(٢) (وإن اقتصر على الفتح.. فالأظهر : أنه إن
طار في الحال.. ضمن ، وإن وقف ثم طار.. فلا) لأن الطائر ينفر ممن قرب
منه ، فطيرانه في الحال دليل على أنه بتنفيره ، وطيرانه بعد الوقوف أماره ظاهرة
على أنه طار باختياره .

والثاني : يضمن مطلقاً ، والثالث : لا مطلقاً .

وقيل : إن اضطرب وطار في الحال.. ضمن ، وإن طار في الحال من غير
اضطراب.. لم يضمن .

والخلاف طرق ، فكان الأولى تعبيره بالمذهب .

ولو حل رباط بهيمة ، أو فتح باب الإصطبل فخرجت وضاعت.. فهو
كفتح القفص .

ولو حل قيد العبد ، أو فتح باب السجن ؛ فإن كان مجنوناً.. فكالبهيمة ،

(١) بحر المذهب (٤٥٩/٦ - ٤٦٠) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٧٧/٨) .

وَالْأَيْدِي الْمُتَرْتَبَةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا
الْغَضَبُ .

ثُمَّ إِنْ عَلِمَ . . فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ ، فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلَفَ
عِنْدَهُ ،

وإن كان عاقلاً . . لم يضمن ، وقيل : إن كان آبقاً . . ضمن .

قوله : (والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان وإن جهل صاحبها
الغصب) لأنها بغير إذن المالك ، فيتخير المالك عند التلف بين أن يطالب
الغاصب أو من ترتبت يده عليه ، والجهل يسقط الإثم لا الضمان .

ويستثنى من التسوية بين العلم والجهل : ما لو غصب عيناً ودفعها
لعبد الغير ليردها إلى المالك فتلفت في يده . . ففي « فتاوى البغوي » : إن
جهل العبد . . فالضمان على الغاصب ، وإن علم ؛ فإن قلنا : يد الآخذ من
الغاصب يد أمانة . . فلا شيء على العبد ، وإن قلنا : يد ضمان . . تعلق
برقبته ، فيتخير المالك^(١) ، قاله الزركشي .

ولا فرق في الجاهل بالغصب بين أن تكون يده في وضعها يد ضمان ؛
كالمستام والمستعير والمشتري ، أو يد أمانة ؛ كالمستأجر والمرتهن والمودع
والمقايض على الصحيح .

قوله : (ثم إن علم . . فكغاصب من غاصب ، فيستقر عليه ضمان ما تلف
عنده) لوجود حد الغصب فيه ، ويطالب بكل ما يطالب به الغاصب ، وإذا
غرم . . لا يرجع على الأول ، وإذا غرم الأول . . رجع عليه .

هذا إذا لم تختلف القيمة في يدهما ، أو كانت في يد الثاني أكثر ، فإن

(١) فتاوى البغوي (ص : ٢١٤) .

وَكَذَا إِنْ جَهَلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ ؛ كَالْعَارِيَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ ؛ كَوَدِيعَةٍ . . فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ .

كانت في يد الأول أكثر . . فالمطالب بالزيادة الأول ويستقر عليه ، وهذا إذا أخذها الثاني بالتعدي ، فإن أخذها ليردها على مالكها . . انبنى على أنه هل للآحاد ذلك ؟ وصحح الرافعي في (باب اللقطة) : المنع^(١) ، فعلى هذا يضمه ، قاله الزركشي .

قوله : (وكذا إن جهل وكانت يده في أصلها يد ضمان كالعارية) أي : والبيع والقرض والسوم ؛ لأنه دخل في العقد على الضمان ، فلم يصدر من الغاصب تغير له .

وإذا غرم المستعير الأجرة . . ففي « المطلب » عن القاضي حسين : أنه إن لم يكن قد انتفع . . رجع على الغاصب ، وإلا . . فعلى القولين في تقديم الطعام .

ومقتضى كلام الرافعي والمصنف : أنه إذا غرم المشتري شراء فاسداً أو المستعير أو المستام أقصى القيم من حين الأخذ إلى التلف . . لا يرجع على الغاصب بشيء ، وإن قلنا : إنما يضمنون بقيمة يوم التلف ، وهو كذلك ، قاله الإسنوي ، وكذا قال الزركشي وزاد : وفيه احتمال لصاحب « المطلب » .

قوله : (وإن كانت يد أمانة ؛ كودיעة . . فالقرار على الغاصب) لأنه دخل على أن يده نائبة عن يد الغاصب ، فكأنها لم تخرج عنه ، فإن غرم الغاصب . . لم يرجع عليه بلا خلاف ، وإن غرم هو . . رجع على الغاصب ، وقيل : لا يرجع .

(١) راجع « الشرح الكبير » (٦ / ٣٥٤) .

وَمَتَّى أَتَلَفَ الْآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلًّا بِهِ . . . فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا . وَإِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ ؛ بَأْنُ قَدَّمَ لَهُ طَعَامًا مَغْصُوبًا ضِيَاةً فَأَكَلَهُ . . . فَكَذَا فِي الْأَظْهَرِ .

وفي الموهوب له قولان ؛ أحدهما : أن القرار عليه ؛ لأنه أخذه للتملك .

قوله : (ومتى أتلف الآخذ من الغاصب مستقلاً به . . . فالقرار عليه مطلقاً) أي : سواء أكانت يده يد ضمان أم يد أمانة ؛ لأن الإلتلاف أقوى من إثبات اليد العادية .

وقوله : (مستقلاً به) أي : بالإلتلاف ، واحترز به : عما إذا حملة عليه جاهلاً ، فإن كان لغرض الغاصب ؛ كما لو أمره بذبح الشاة وقطع الثياب ونحو ذلك . . . فالقرار على الغاصب ، وإن كان لا لغرض ؛ كما لو أمره بقتل أو إحراق ونحوهما ففعله جاهلاً بالغصب . . . فالمذهب : القطع بأن القرار على المتلف ؛ لأن الفعل حرام ، ولا أثر للغرور مع التحريم ، وقيل : هو على القولين ، وإن كان لغرض المتلف . . . فقد صرح به بقوله : (وإن حملة الغاصب عليه ؛ بأن قدم له طعاماً مغصوباً ضيافة فأكله . . . فكذا في الأظهر) أي : القرار على الآكل ؛ لأنه المتلف ، وإليه عادت منفعته .

والثاني : إن الإقرار على الغاصب إذا جهل الآكل ؛ لأنه غره .

فعلى الأظهر : إن غرم الغاصب . . . يرجع على الآكل ، وإن غرم الآكل . . . لم يرجع ، وعلى الثاني : بالعكس .

وهذا إذا قدمه وأذن في الأكل أو سكت .

فإن قال : هو لي ، فإن غرم الآكل . . . ففي رجوعه على الغاصب القولان ،

وَعَلَى هَذَا : لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ . . بَرِئَ الْغَاصِبُ .

وإن غرم الغاصب . . لم يرجع على الآكل .

وإن قال : هو مغضوب ، فإن غرم الغاصب . . رجع على الآكل ؛ لعدم الغرور ، وإن غرم الآكل . . لم يرجع .

وهذا إذا كان الآكل حراً مكلفاً .

فلو قدمه إلى عبد بغير إذن مالكة فأكله . . فلا ضمان على سيده ، قاله الماوردي^(١) ، وقال الرافعي وغيره : إن جعلنا القرار على الحر . . فهو جناية من العبد يباع فيها ، وإلا . . فلا ، وإنما يطالب الغاصب^(٢) .

قوله : (وعلى هذا : لو قدمه لمالكه فأكله . . برئ الغاصب) أي : على القول بأن القرار على الآكل يبرأ الغاصب إذا أكله المالك جاهلاً ؛ تقديماً للمباشرة .

والثاني : لا يبرأ ، قال الزركشي : حكاه العراقيون عن النص ، ثم قال : هذا إذا قدمه له على هيئته ، فلو غصب سمناً ، أو عسلاً ودقيقاً ، وصنعه حلواً ، وقدمه لمالكه ، فأكله . . لم يبرأ قطعاً ؛ لأنه بالخلط صار كالتالف وانتقل الحق إلى القيمة ، ولا يسقط عند بذل غيرها إلا برضا مستحقها مع العلم ، حكاه الزبيري في « المسكت » .

ولو لم يطعمه الغاصب ، ولكن أكله المالك ظاناً أنه طعام الغاصب . . برىء ، جزم به الرافعي^(٣) والمتولي .

(١) الحاوي الكبير (٣٧٥ / ٨) .

(٢) الشرح الكبير (٤١٠ / ٥) .

(٣) الشرح الكبير (٤١٠ / ٥ - ٤١١) .

فصل

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيَمَتِهِ أُتْلِفَ أَوْ تَلِفَ تَحْتَ يَدِ عَادِيَةٍ ، وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرُشُهَا مِنَ الْحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَكَذَا الْمُقَدَّرَةُ إِنْ تَلِفَتْ ، . . .

(فصل)

[في بيان ما يضمن به المغصوب]

(تضمن نفس الرقيق بقيمته أتلِفَ) أي : بقتل (أو تلف تحت يد عادية)
أي : سواء زادت القيمة على الدية أو لا .

وإنما قال : (عادية) لأن الباب معقود لها ، ولو قال : (ضامنة) . . دخل
المستام والمستعير .

قوله : (وأبعاضه^(١)) التي لا يتقدر أرشها من الحر بما نقص من قيمته (للإجماع ، وذلك كالهزال المُنْقَص وزوال البكارة ، فلو لم ينقص القيمة . . لم يلزمه شيء ؛ كما^(٢) قاله في « المذهب »^(٣) .

قوله : (وكذا المقدرة إن تلفت) يعني : كاليد والعين ونحوهما إذا تلفت بأفة سماوية . . فالواجب فيها ما نقص ؛ لأن ضمان اليد سبيله سبيل ضمان الأموال ، فلو جنى المغصوب فقطعت يده قصاصاً . . فقد قال الإمام : إنه مثل السقوط بأفة سماوية ، وإن أظهر : أنه لا يضمن المقدر^(٤) .

(١) وفي (ب) : (وأبعاضها) .

(٢) وفي (ب) قوله : (كما) غير موجود .

(٣) المذهب (٤١٨ / ٣) .

(٤) نهاية المطلب (٢١٨ / ٧) ، وعبارته : (والأظهر : أنه لا يجب إلا ما نقص . . . ومن أصحابنا من ألزمه المقدّر) .

وَأِنْ أُتْلِفَتْ.. فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ ، وَعَلَى الْجَدِيدِ : تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ ،
وَالْقِيَمَةُ فِيهِ كَالْدِيَّةِ فِي الْحُرِّ ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ .

وَسَائِرُ الْحَيَوَانَاتِ بِالْقِيَمَةِ ، وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوِّمٌ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمِثْلِيَّ :
مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزَنٌ وَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ ؛

قوله : (وإن أتلفت.. فكذا في القديم) أي : يجب في قطع أبعاضه
ما نقص من قيمته ؛ قياساً على البهيمة .

قوله : (وعلى الجديد : تتقدر من الرقيق ، والقيمة فيه كالدية في الحر ،
ففي يده نصف قيمته) لأنه أشبه الحر في أكثر الأحكام فالحقناه به في التقدير .
نعم ؛ لو قطع الغاصب يد المغصوب.. وجب عليه أكثر الأمرين : من
نصف قيمته ، ومن أرش ما نقص .

والمستولدة والمدبر والمكاتب.. كالقن في الضمان .

قوله : (وسائر الحيوان بالقيمة) يعني : أن باقي الحيوانات يجب فيها
باليد والجنابة المرهقة القيمة ، وفيما تلف أو أتلف من أجزائها ما نقص من
القيمة .

قوله : (وغيره مثلي ومتقوم) أي : غير الحيوان إن كان له مثل..
فمثلي ، وإلا.. فمتقوم .

قوله : (والأصح : أن المثلي : ما حصره كيل أو وزن وراز السلم فيه)
يعني : أن أصح الأوجه في ضبط المثلي هذا ، فخرج بالكيل والوزن :
المعدود ؛ كالحوانات ، والمذروع ؛ كالثياب ، فليسا بمثليين وإن جاز السلم
فيهما .

وخرج بقوله : (وراز السلم فيه) : ما لا يجوز ؛ كالمعونات والجواهر

كَمَاءٍ وَتُرَابٍ وَنَحَاسٍ وَتَبَرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعَنْبٍ وَدَقِيقٍ ، لَا غَالِيَةَ وَمَعْجُونٍ .

الكبار ، ويرد عليه القمح المختلط بالشعير ؛ فإنه لا يجوز السلم فيه مع أن الواجب على متلفه إخراج القدر المحقق من الحنطة ومن الشعير .

قال الزركشي : التعبير بـ (الأصح) يقتضي أن مقابله وجهان ، وبه صرح في « الروضة » ، وكلام الرافعي يشير بأنها اختلاف عبارات^(١) .

قوله : (كماء وتراب ونحاس وتبر ومسك وكافور وقطن وعنب ودقيق ، لا غالية ومعجون) .

اعلم : أن الحبوب والأدهان والألبان والسمن والمخيض الخالص عن الماء ، والخل والتمر والزبيب ونحوها والدراهم والدنانير الخالصة مثلية .

ومثل المصنف بالماء والتراب ؛ لأنه قد يتوهم أنهما غير مثليين ؛ لانتفاء الكيل والوزن فيهما في العادة ، فالماء مثلي ، والأصح في التراب والنحاس والحديد والصفير والرصاص ، والتبر والسبيكة ، والمكسرة والمغشوشة إن جوزنا التعامل بها ، والمسك والكافور والعنبر ، والقطن والغزل ، والدقيق والرطب والعنب وسائر الفواكه الرطبة ، واللحم الطري : أنها مثليات .

وقوله : (لا غالية ومعجون) أي : ليسا مثليين ؛ لأنهما مختلطان من أجزاء مختلفة ، قال السبكي : لا نعلم خلافاً في ذلك ، وتوقف الشافعي رضي الله عنه في الصوف والشعر والوبر ، وقال الماوردي : إن الزيتون ليس له مثل^(٢) .

(١) الشرح الكبير (٤١٩/٥) ، روضة الطالبين (١٠٨-١٠٧/٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٦٦/٨) ، راجع « الأم » (٢٦١-٢٦٠/٤) .

فَيُضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ تَلَفَ أَوْ أُتْلِفَ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَالْقِيَمَةُ ،

قوله : (فيضمن المثلّي بمثله) لأنه أقرب إلى التالف ، ولأن المثلّي كالنص ؛ لأنه محسوس ، والقيمة كالاكتفاء ولا يصار إلى الاكتفاء إلا عند فقد النص .

قوله : (تلف أو أتلف) يعني : تلف تحت يد عادية أو أتلف .

نعم ؛ لو كان للأصل قيمة حين الغصب والمثل لا قيمة له حين الرد ؛ كما إذا غصب الماء في بركة ، ثم ظفر به على الشط أو في بلد آخر . . فإن المطالبة هنا تكون بقيمة البركة ، نص عليه .

ثم إذا اجتمعا في تلك البركة أو مثلها . . ففي استرداد القيمة ورد المثل وجهان ، أشار في « الروضة » إلى أنهما الوجهان فيما إذا غرم القيمة ؛ لفقد المثل ، ثم وجده^(١) ، والمصحح منهما : المنع ، وكلامهم يقتضي : التصوير بما إذا لم يكن للماء في البلد قيمة أصلاً ، ومقتضى ذلك : أنه لو كانت له قيمة يسيرة . . كان الواجب المثل ، قاله السبكي ، فلو تراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل . . فوجهان صحح السبكي : الجواز .

قوله : (فإن تعذر) أي : بأن لم يوجد في البلد وما حوله (. . فبالقيمة) أي : قيمة المثل ، وقيل : قيمة المغصوب .

وفي « زوائده » : لو قال المغصوب منه : أنا أصبر حتى يوجد مثله . . فله ذلك ، نقله في « البيان » ، ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه . . هل يجبر^(٢) ؟ قال في « المهمات » : صورته في الدين

(١) روضة الطالبين (١١٣/٤) .

(٢) روضة الطالبين (١١٣/٤) ، البيان (١٩/٧) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ الْغَضَبِ إِلَى تَعَذُّرِ الْمِثْلِ .

المؤجل ، أما الحال . . فيجب عليه قبوله قطعاً^(١) .

وقوله - يعني في « الزيادة » - : (لو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل . . تعين قطعاً)^(٢) ليس كذلك ، ففيه وجه في « شرح المختصر » للصيدلاني .
ولو وجده بأكثر من ثمن المثل . . فالأصح من « زوائده » : أنه لا يجب تحصيله^(٣) .

وإذا وجد المثل بعد تغريم القيمة . . فليس للمالك ردها وطلب المثل على الأصح في « أصل الروضة »^(٤) ، وفي « زوائده » : أن الوجهين يجريان في أن الغاصب والمتلف هل لهما رد المثل وطلب القيمة^(٥) ؟

قوله : (والأصح : أن المعتبر أقصى قيمه من وقت الغصب إلى تعذر المثل) لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب ؛ لأنه واجب كوجوب رد العين ، فإذا لم يفعل . . غرم أقصى قيمه في المدتين .

و (قيمه) بفتح الياء وكسر الميم جمع : قيمة .

ومقابل هذا أحد عشر وجهاً^(٦) .

هذا إذا كان المثل موجوداً عند التلف ثم فقد ، فلو كان مفقوداً عند التلف . . فالأصح : كذلك .

(١) راجع « المهمات » (٤١/٦ - ٤٢) .

(٢) روضة الطالبين (١١٣/٤) .

(٣) روضة الطالبين (١١٥/٤) .

(٤) روضة الطالبين (١١١/٤) .

(٥) روضة الطالبين (١١١/٤) .

(٦) راجعها في « النجم الوهاج » (١٨٥/٥) ، و « عمدة المحتاج » (١٩٥-١٩٦) .

وَلَوْ نَقَلَ الْمَغْصُوبُ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ . فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ ، وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيَمَةِ فِي الْحَالِ ، فَإِذَا رَدَّهُ . . رَدَّهَا .

قوله : (ولو نقل المغصوب المثلّي إلى بلدٍ آخر . . فللمالك أن يكلفه رده)
أي : عند العلم بالموضع ، ولو غرم فيه أضعاف قيمته .

قوله : (وأن يطالبه بالقيمة^(١) في الحال) أي : قبل الرد وإن كان قد كلف رده . . فهما حقان واجبان في الحال ، وقيد الماوردي ذلك بما إذا كان على مسافة بعيدة ، فإن كان المغصوب على مسافة قريبة . . طوب بالرد فقط^(٢) .

فإن جهل موضعه . . طوب بالقيمة وتسمى هذه القيمة قيمة الحيلولة ؛
أي : قيمة العين بسبب الحيلولة .

والأصح : أن المغصوب منه يملكها ، وإلا لَمَّا سَدَّتْ مسد العين وهي ملك قرضي ، وعلى هذا الأصح : أن الغاصب لا يبرأ من أجره المغصوب من حين إعطاء القيمة إلى حين الرد ، ويجريان في ضمان زوائده ، وقال القاضي حسين : إن كان موضعه معلوماً لم يبرأ وجهاً واحداً .

قوله : (فإذا رده . . ردها) لأنه إنما أخذها ؛ للحيلولة وقد زالت ، والأقوى في « زوائده » : أنه لا يجوز للمغصوب منه إمساك هذه الدراهم وغرامة مثلها^(٣) .

فإن اتفقا على ترك التراد ، واتفقا على أخذ القيمة حيث يكون محله معلوماً . . فلا بد من بيع ؛ ليصير المغصوب للغاصب ، ولا بد أن يكونا قد رأياه وهما ذاكران لأوصافه ، أما إذا جهل موضعه . . فلا يصح اتفاقهما على

(١) وفي (أ) : (يطالبه في القيمة) ، وفي بعض الشروح المطبوعة : (بقيمته) .

(٢) الحاوي الكبير (٨ / ٣٨٢-٣٨٣) .

(٣) روضة الطالبين (٤ / ١١٦-١١٧) .

فَإِنْ تَلَفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ . . طَالَبُهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ ، فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلُ . . غَرَّمَهُ قِيَمَةُ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيَمَةً .

وَلَوْ ظَفَرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدٍ التَّلَفِ . . فَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ ؛ كَالنَّقْدِ . . فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ ، وَإِلَّا . . فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ ، بَلْ يُغَرَّمُهُ قِيَمَةُ بَلَدِ التَّلَفِ .

البيع ؛ كبيع الآبق الذي ليس بمغصوب .

وقد يجب رد القيمة وإن لم يعد ؛ كما لو أعتق المالك الآبق قبل عوده ، وكذا لو كانت مستولدة فمات المالك ، حكاه الزركشي عن « فتاوى القاضي حسين »^(١) .

قوله : (فَإِنْ تَلَفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ . . طَالَبُهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ) كَالْعَيْنِ ، وكذا في أي موضع شاء من المواضع التي وصل إليها في طريقه بين البلدين .

قوله : (فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلُ . . غَرَّمَهُ قِيَمَةُ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيَمَةً) لأنه كان يجوز له المطالبة بالمثل فيها ، فإذا غرمه قيمة البلد المنقول إليه واختلفت بالنسبة إلى يوم الغصب ويوم التلف ويوم المطالبة . . ففيه الخلاف ، لكن لا يعتبر يوم الغصب ولا الأقصى منه ، بل يوم الوصول إلى تلك البلد .

قوله : (وَلَوْ ظَفَرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدٍ التَّلَفِ) أي : والمغصوب مثلي ، والمثل موجود ، وكذا إذا ظفر بالمتلف الذي ليس بغاصب .

قوله : (. . فَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ ؛ كَالنَّقْدِ . . فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ ، وَإِلَّا . . فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ ، بَلْ يَغْرَمُهُ قِيَمَةُ بَلَدِ التَّلَفِ) أي : إذا كان

(١) فتاوى القاضي حسين (ص : ٢٤٠) .

وَأَمَّا الْمُتَقَوِّمُ . . . فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَضَبِ إِلَى التَّلَفِ ،

هو بلد الغصب ، أو كانت قيمتهما سواء .

فلو اختلفا . . فالواجب أكثر القيمتين ، ولا يعتبر قيمة البلد الثالث الذي ظفر به فيه .

وما ذكره المصنف من التفصيل هو قول الأكثرين ، وقيل : يطالبه بالمثل مطلقاً ، وقيل : إن كانت قيمة البلد المنقول إليه مثل قيمة بلد التلف أو أقل . . طالبه بالمثل ، وإلا . . فبالقيمة .

قال الإسنوي : هو الذي ذكره البندنجي والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم ، وعن الشافعي نحوه ، وحمل الإطلاق عليه متعين ؛ لانتفاء المعنى وهو الضرر^(١) .

والخلاف جار فيما إذا كان باقياً ، وظفر به في بلد آخر ، وإذا قلنا لا يطالب بالمثل . . فليس للغاصب تكليفه قبوله ، فإن تراضيا عليه . . لم تلزمه مؤنة النقل ، فلو أخذ المثل على أن يغرم له مؤنة . . لم يجز .

قوله : (وأما المتقوم . . فيضمن بأقصى قيمه من الغصب إلى التلف) لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مُطَالَب بالرد ، فلما لم يرد في تلك الحالة . . ضمن الزيادة .

ولا فرق في اختلاف القيمة بين تغير السعر أو تغير المغصوب في نفسه . وإنما تجب القيمة من غالب نقد البلد الذي حصل فيه التلف ، كذا أطلقه الرافعي^(٢) ، وهو محمول على ما إذا لم ينقله ، فإن غلب نقدان . . قال في

(١) المهمات (٤٣/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤٣٠/٥) .

وَفِي الْإِتْلَافِ بِلَا غَضَبٍ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ ، فَإِنْ جَنَى وَتَلَفَ بِسِرَايَةٍ . .
فَالْوَاجِبُ : الْأَقْصَى أَيْضاً .

(كتاب البيع) : عَيَّنَ الْقَاضِي وَاحِداً^(١) .

أما إذا نقله . . ففي « الكفاية » : يتجه أن يعتبر نقد البلد الذي يعتبر القيمة فيه ، وهو أكثر البلدين قيمة ؛ كما في المثلي^(٢) ، ووافقه السبكي بلفظ :
(ينبغي أن يكون من نقد . . .) إلى آخره .

فرع : لو صار المتقوم مثلياً ؛ كالرطب إذا قلنا إنه متقوم يصير تمرأ ، ثم يتلف أو المثلي متقومأ ؛ كالدقيق يجعله خبزأ ويأكله . . فوجوه ؛ أشهرها : أنه إن كان المتقوم أكثر قيمة . . غرمها ، وإلا . . فالمثل .

ولو تغير المثلي إلى مثلي آخر ؛ كسمسم اتخذ منه شيرجأ . . يضمُّهُ المالك ما شاء منهما .

ولو تغير المتقوم إلى متقوم آخر ؛ كإناء الفضة يصاغ حليأ . . ضمن أقصى القيم .

قوله : (وفي الإِتْلَافِ بِلَا غَضَبٍ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ) لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك .

فرع : لو أتلَفَ عبداً مُغْنِيأ . . غرم تمام قيمته ، وأما الجارية . . فالمنصوص : أنه لا يغرم ما زاد على قيمتها بسبب الغناء ؛ لأنه محرم ، وقيل : يغرم .

قوله : (فَإِنْ جَنَى وَتَلَفَ بِسِرَايَةٍ . . فالواجب : الْأَقْصَى أَيْضاً) مثاله : إذا جنى على بهيمة قيمة مثلها يومئذ مئة ، ثم هلكت ، وقيمة المثل خمسون . .

(١) الشرح الكبير (٤٧/٤) .

(٢) كفاية النبيه (٤٣٤/١٠) .

وَلَا تُضْمَنُ الْخَمْرُ وَلَا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّي إِلَّا أَنْ يُظْهَرَ شُرْبُهَا أَوْ بَيْعُهَا ، . . .

فتلزمه مئة ؛ لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية . . فاعتباره في نفس الإتلاف أولى .

قوله : (ولا تضمن الخمر) أي : سواء كانت لمسلم أو ذمي ، وسواء أراقها حيث يجوز إراقتها ، أو حيث يمتنع ؛ لكونها محترمة أو لذمي ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكَلَ شَيْءٍ . . حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ » . رواه أبو داود^(١) .

وفي « الصحيحين » : « إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ . . » الحديث^(٢) .
والقيمة ثمن ؛ لأنها تؤخذ في مقابلة الشيء .

والنبذ لا يضمن أيضاً ؛ كالخمر ؛ كما حكاه الرافعي عن الأكثرين ، وفي ضمان المتنجنس من الزيت والماء وجهان^(٣) .

قوله : (ولا تراق على ذمي إلا أن يظهر شربها أو بيعها) أي : ولو من مثله فإنها تراق عليه ؛ لأن عقد الذمة قد جرى على تقريرهم عليها ومنع إظهارهم لها ، ومن تعرض لهم . . زجر ، فإن عاد . . أدب .
والإظهار : أن يطلع عليه من غير تجسس .

والتقييد بالشرب والبيع تبع فيه « الروضة » و« أصلها »^(٤) ، قال

(١) سنن أبي داود (٣٤٨٨) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) صحيح البخاري (٢٢٣٦) ، صحيح مسلم (١٥٨١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) وأوجه الوجهين : عدم الضمان ؛ للأمر بإراقة السمن المائع الذي تنجس بالفأرة . الغرر البهية (٧١/٦) .

(٤) الشرح الكبير (٤١٣/٥) ، روضة الطالبين (١٠٦/٤) .

وَتَرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتِ الْعَيْنُ ، وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ إِذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ .

الإسنوي : والصواب : ما في « الكفاية » و« المطلب » وهو : الإظهار من غير تقييد حتى يتناول الهبة والنقل وغيرهما ، وهو موافق لإطلاقهم في (الجزية) : منعهم من إظهارها^(١) . انتهى

أما إذا اشترى الذمي الخمر من مسلم . . فإنها تراق قطعاً ؛ لأن المسلم لا يقر عليها .

قوله : (وترد عليه إن بقيت العين) يعني : إن تلفت . . فلا ضمان ، وإن بقيت ولم يظهر بيعها ولا شراؤها ، لكن غصبت منه . . ردت عليه ، وقيل : يخلّى بينه وبينها ، قال السبكي : إنه قوي ، ورجّحه ولده^(٢) .

قوله : (وكذا المحترمة إذا غصبت من مسلم) أي : يحرم التعرض لإراققتها ، وتردُّ عليه ما دامت باقية على الصحيح ، ويرد على الذمي .

قال الزركشي : أوجب العراقيون إراققتها مطلقاً المحترمة وغيرها ، ويدل عليه نصوص الشافعي رضي الله عنه ورحمه الله^(٣) .

والمحترمة هي : التي عصرت بغير قصد الخمرية ، قاله الرافعي هنا ، وقال في (الرهن) : التي عصرت بقصد الخلّة^(٤) .

وبينهما فرق ؛ فما عصر بغير قصد شيء فتخمر . . . محترم على الأول دون الثاني .

(١) المهمات (٣٣/٦) .

(٢) وليس في (أ) قوله : (قال السبكي : إنه قوي ، ورجّحه ولده) ، وزيد في (ب) تصحيحاً .

(٣) راجع « الأم » (٥/٤٩٤ ، ٤٩٨ ، ٥٠٦ ، ٥٠٨) .

(٤) الشرح الكبير (٥/٤٥٢) ، (٤/٤٨١) .

وَالْأَصْنَامُ وَالْآلَتُ الْمَلَاهِي لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ ،

قوله : (وَالْأَصْنَامُ وَالْآلَتُ الْمَلَاهِي لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ) لأن صنعتها محرمة والمحرّم لا بدل له ، والتعليل يقتضي أن ما جاز من الآلات مع الخلاف ؛ كالدف واليراع يجب الأرّش على كاسره ، قال الإسْنوي : وهو ظاهر^(١) .

ولا يجب في كسر آنية الذهب والفضة شيء إذا قلنا : يحرم اتخاذها ، وهو الأصح .

ولا يبيع بيوت أهل الذمة ، بل إذا أظهروا الصليب ونحوه . . كسرناه ، والصحيح : أنه لا فرق بين أن يشترط عليهم في عقد الذمة أو لا .

قوله : (وَالْأَصَحُّ : أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ) لأنه إذا فصل الأجزاء كلها زال الاسم وعسر العود فكان أدعى إلى الترك .

والثاني : أنها تفصل قدرأ لا يصلح معه الاستعمال المحرم ، حتى إذا رفع وجه الطنبور مثلاً وبقي على شكل قصعة . . كفى .

والثالث : أنها ترضض حتى تنتهي إلى حدّ لا يمكن أن يتخذ آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها .

واتفقوا على أن قطع الأوتار لا يكفي .

إذا عرف ذلك ؛ فمن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع . . فلا شيء عليه ، ومن جاوزه . . فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة على الحد المشروع

(١) راجع « المهمات » (٣٤ / ٦) .

فَإِنْ عَجَزَ الْمُنْكَرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ . . أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيْسَّرَ .

وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوَهُمَا بِالتَّفْوِيتِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدِ عَادِيَةٍ ،

وقيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به ، فإن أحرقها . . فعليه قيمتها مفصلة التفصيل المشروع .

قوله : (فإن عجز المنكر عن رعاية هذا الحد لمنع صاحب المنكر . . أبطله كيف تيسر) أي : وإن زاد على ما قلناه ؛ لأن صاحبه مفرط .

قال في « الإحياء » : وللولاة كسر الظروف التي فيها الخمر ؛ زجراً وتأديباً دون الآحاد^(١) .

ولا فرق في جواز الإقدام على إزالة المنكر بين الرجل والمرأة والصبي والعبد والفاسق ، ويثاب الصبي كما يثاب البالغ ، وإنما يجب على المكلف القادر .

قوله : (وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما بالتفويت والفوات في يد عادية) لأنها متقومة ببذل المال لتحصيلها ويضمن بالعقد الفاسد ، فيضمن بالغصب كالأعيان .

والتفويت : الانتفاع به ، والفوات : إمساكه من غير استعمال ، وعبر الماوردي عن الفوات بالتفويت ، وعن التفويت بالاستهلاك^(٢) ، فقال الزركشي : وهو أحسن .

وأشار بقوله : (ونحوهما) إلى أن كل عين لها منفعة تستأجر من

(١) إحياء علوم الدين (٤ / ٦٢٠-٦٢١) .

(٢) الحاوي الكبير (٨ / ٣٣٤-٣٣٥) .

وَلَا تُضْمَنُ مَنَفَعَةُ الْبُضْعِ إِلَّا بِالتَّفْوِيتِ ، وَكَذَا مَنَفَعَةُ بَدَنِ الْحُرِّ فِي الْأَصَحِّ .

أجلها . . . تضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجرة ؛ كالكتاب طالعه أو لم يطالعه ، وكالمسك شمه أو لم يشمه .

ولو كان العبد يحسن صناعات . . لزمه أجرة أعلاها .

وإذا ضمن المنفعة ؛ فإن رد العين . . رد معها الأجرة ، وإن تلفت . . رد الأجرة مع بدل العين ، فإذا تفاوتت الأجرة في مدة الغصب . . فالصحيح : أنه يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه .

قوله : (ولا تضمن منفعة البضع إلا بالتفويت)^(١) أي : بالوطء كما سيأتي^(٢) ؛ لأن اليد لا تثبت على البضع ؛ لأن غصب المزوجة لا يسقط عن الزوج شيئاً من مهرها ، وغصب العين المستأجرة يسقط ما قابل زمان الغصب من الأجرة .

قوله : (وكذا منفعة بدن الحر في الأصح) أي : لا يضمن بالفوات إذا حبسه وعطله ولم يستوف منفعته ؛ لأنه لا يدخل تحت اليد ، فمنافعه تفوت في يده ، فإن أكرهه على العمل . . استحق الأجرة .

والثاني : أنها تضمن بالفوات ؛ لأنها تقوم في العقد الفاسد في الإجارة فأشبهت منافع الأموال .

فرع : لو أوصى بمنفعة عبد ومات وخرج من الثلث ، ثم أعتقه الوارث . . كانت منافعه مضمونة على غاصبه ، فيرد على إطلاقه .

ومنفعة المسجد تضمن بالتفويت لا بالفوات ، قاله الزركشي .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (إلا بتفويت) .

(٢) أي : في الفصل الثالث من (كتاب الغصب) عند قول المتن : (ولو وطئ المغصوبة . .) إلخ .

وَإِذَا نَقَصَ الْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ . . وَجَبَ الْأَرْشُ مَعَ الْأَجْرَةِ ، وَكَذَا
لَوْ نَقَصَ بِهِ ؛ بِأَنْ بَلِيَ الثَّوبُ فِي الْأَصَحِّ .

فصل

ادَّعَى تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ . . صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ، . . .

قوله : (وإذا نقص المغصوب بغير استعمال . . وجب الأرش مع الأجرة)
مثاله : سقطت يد العبد بأفة سماوية أو بسبب ، أو نقص الثوب فيجب الأرش
للنقص ، والأجرة للفوات ، وهي : أجرة مثله سليماً من الغصب إلى حدوث
النقص ، ومعيباً من حدوث النقص إلى الرد .

وكذا لو حدثت الزوائد في يده ، ثم نقصت ، لكن النقص بسبب كساد
السوق . . لا يضمن على الصحيح ، قاله الزركشي .

قوله : (وكذا لو نقص به ؛ بأن بلي الثوب في الأصح) أي : إذا بلي
الثوب باللبس . . وجب أرش النقص وأجرة الثوب ؛ لاختلاف السبب ، فإن
الأجرة للفوات والأرش للنقص .

والثاني : لا يجب إلا أكثر الأمرين من الأجرة والأرش ؛ لأن النقص بسبب
الاستعمال ؛ فيتداخلان .

وموضع الخلاف ما إذا لم تكن الأجرة أكثر من الأرش ، فإن كانت . .
وجب الزائد قطعاً ، فيرجع حقيقة الخلاف إلى أن أقلهما هل يدخل في الأكثر
أم لا قاله الزركشي .

(فصل)

[في اختلاف المالك والغاصب ، وضمان ما ينقص به المغصوب وجنابته]

(ادعى تلفه وأنكر المالك . . صدق الغاصب بيمينه على الصحيح) لأنه قد

فَإِذَا حَلَفَ . . غَرَمَهُ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ .

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيَمَتِهِ أَوْ الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبِ خَلْقِيٍّ . . صَدَّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ ، وَفِي عَيْبِ حَادِثٍ . . يُصَدَّقُ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ ،

يعجز عن البينة وهو صادق ، فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه ، قال الزركشي : التوجيه يقتضي تصويرها بما إذا لم يذكر سبباً وهو متعين ، فإن ذكره . . فليكن كالمودع .

والثاني : يصدق المالك ؛ لأن الأصل بقاؤه .

قوله : (فإذا حلف . . غرمه المالك في الأصح) لأنه قد عجز عن الوصول إلى العين ؛ فيغرمه المثل أو القيمة .

والثاني : لا ؛ لبقاء العين في زعمه ، فيرجع المالك إلى تصديق الغاصب على التلف ويستحق ، قاله الماوردي^(١) .

قوله : (ولو اختلفا في قيمته ، أو الثياب التي على العبد المغصوب ، أو في عيب خلقي . . صدق الغاصب بيمينه ، وفي عيب حادث . . يصدق المالك بيمينه في الأصح) هذه مسائل :

الأولى : اتفقا على الهلاك ، واختلفا في القيمة . . صدق الغاصب بيمينه ؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزيادة ، وتسمع بينة المالك إن قالت : قيمته كذا .

فلو ادعى أن قيمته ألف ، وقال الغاصب خمس مئة ، فأقام بينة شهدت أن قيمته أكثر من خمس مئة من غير تقدير . . فالأكثر على سماعها ، ويكلف الغاصب الزيادة إلى حد لا يقطع البينة بالزيادة عليه .

(١) راجع « الحاوي الكبير » (٣٥١ / ٨) .

وقال الإمام : إن هذا لا يختص بالغصب ، بل لو ادعى رجل على آخر بألف فأقر بخمس مئة ، فأقام بينة أن له عليه أكثر من خمس مئة . . سمعت^(١) .

فإن قال المالك : لا أدري كم قيمته إلا أنها أكثر من خمس مئة . . لم تسمع دعواه حتى يبين ، وكذا لو قال الغاصب : أعلم أنه دون ما ذكره ، ولا أعرف قدره . . لم يسمع حتى يبين ، فإذا بين . . حلف عليه ، ولو نكّل الغاصب عن اليمين . . حلف المالك على ما ادعاه ، واستحق .

ولو أقام المالك البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات . . فالمشهور : المنع ؛ لتفاوت الموصوفين بالصفات الواحدة في القيمة ، قال الإمام : لكن يستفيد المالك بإقامتها إبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات^(٢) ؛ كما لو أقر الغاصب بصفات تقتضي النفاسة ، ثم قومه بحقير لا يليق بها . . لا يلتفت إليه ، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ ما يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف .

الثانية : إذا اختلفا في ثياب المغصوب فقال المالك : هي لي ، وقال الغاصب : هي لي . . فالقول قول الغاصب ؛ لأن يده على المغصوب وثيابه .

واحترز بـ (العبد) : عما لو غصب حراً صغيراً واختلف الغاصب والولي . . قال في « المطلب » : يتخرج على أن غاصبه هل تثبت يده على ثيابه ؟ إن قلنا : نعم . . فهو المصدق ، وإن قلنا : لا - وهو المصحح - صدق الولي .

(١) نهاية المطلب (٧/٢٤٤-٢٤٥) .

(٢) نهاية المطلب (٧/٢٤٤) .

وَلَوْ رَدَّهٗ نَاقِصَ الْقِيَمَةِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ .

وَلَوْ غَصَبَ ثَوْباً قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَصَارَ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ، ثُمَّ لَبَسَهُ فَأَبْلَاهُ
فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهٗ . . لَزِمَهُ خَمْسَةٌ ، وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى
الْقِيَمِ .

الثالثة : إذا قال الغاصب : ولد أعمى ، أو أعرج ، أو فاقد اليد . . فهو
المصدق ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، والأصل عدم خلل العضو ، والمالك
متمكن من إثباته بالبينة ، وقيل : يصدق المالك .

الرابعة : إذا ادعى الغاصب حدوث العمى أو العور أو القطع قبل الغصب
والمغصوب تالف . . فالقول قول المالك على الأظهر ؛ لأن الأصل والغالب
دوام الصحة والسلامة ، والثاني : الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته .
والخلاف قولان في « الشرح » و« الروضة »^(١) .

فلو كان باقياً وبه عيب وقال : غصبتُهُ هكذا ، وقال المالك : بل حدث
العيب عندك . . فالمصدق الغاصب ، نقله البندنجي عن النص ، وصرح به
جماعة ، وحكى البندنجي وجهاً بتصديق المالك .

قوله : (ولو رده ناقص القيمة . . لم يلزمه شيء) لأن الفئات رغبات الناس
لا وصف من المغصوب ، وقيل : يلزمه ما نقص .

قوله : (ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فصارت بالرخص درهماً ، ثم لبسه
فأبلاه فصارت نصف درهم فردّه . . لزمه خمسة ، وهي قسط التالف من أقصى
القيم) لأن الناقص باللبس نصف الثوب ؛ فيلزمه قيمته أكثر ما كانت من
الغصب إلى التلف ، وهي خمسة ، والنقصان الباقي - وهو : أربعة ونصف -

(١) الشرح الكبير (٤٣٤ / ٥) ، روضة الطالبين (١١٩ / ٤) .

قُلْتُ : وَلَوْ غَصَبَ خُفَيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشْرَةَ فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ ، أَوْ أَتَلَفَ أَحَدُهُمَا غَاصِباً ، أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ . . لَزِمَهُ ثَمَانِيَّةٌ فِي الْأَصَحِّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

سببه الرخص وهو غير مضمون ، ويجب مع الخمسة أجرة اللبس إذا فرعنا على الصحيح وهو : الجمع بين الأرش والأجرة .

(قلت : ولو غصب خفين قيمتهما عشرة فتلف أحدهما ورد الآخر وقيمتة درهمان ، أو أتلف أحدهما غاصباً^(١) ، أو في يد مالكه . . لزمه ثمانية في الأصح ، والله أعلم) أما الأولى . . فجزم الرافعي فيها بالثمانية^(٢) ؛ لأنه يضمن درهمين قيمة التالف وحده ، وثلاثة لما نقص منه بانضمامه إلى الآخر ، وثلاثة لما نقص من الآخر ، فإنه رده ناقصاً .

وقيل : يلزمه درهمان ، وهي قيمة التالف منفرداً فقط ، وقيل : خمسة .

والأوجه الثلاثة جارية في الصورتين الأخيرتين ، لكن صحح الإمام والبلغوي فيهما : لزوم خمسة^(٣) ، وقال المصنف : إنه الأقوى ، ونسب لزوم الثمانية إلى الأكثرين^(٤) .

وقوله : (خفين) يقتضي أن كل واحدة تطلق عليها خف ، وهو صحيح .

(١) قول المتن : (غاصباً) كذا في (أ) و (ب) و « النجم الوهاج » (١٩٨ / ٥) ، و « تحرير الفتاوى » (١٩٩ / ٢) ، وفي سائر الشروح المطبوعة : (غصباً) .

(٢) الشرح الكبير (٤٦٩ / ٥) وعبارته : (الفرع الثاني : غصب زَوْجِي خف قيمتها عشرة ، ثم رد إحداها وقيمتها ثلاثة وتلف الآخر . . يلزمه سبعة) ، وراجع « تحرير الفتاوى » (١٩٨ - ١٩٩) ، و « عمدة المحتاج » (٢١٦ / ٨) .

(٣) نهاية المطلب (٢٩٩ / ٧) ، التهذيب (٣٠٤ / ٤) .

(٤) روضة الطالبين (١٤٦ / ٤) .

وَلَوْ حَدَّثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ ؛ بِأَنْ جَعَلَ الْحِنْطَةَ هَرِيسَةً ..
فَكَالتَالِفِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَرُدُّهُ مَعَ أَرَشِ النَّقْصِ .

وَلَوْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ .. لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِالْأَقْلَ
مِنْ قِيَمَتِهِ وَالْمَالِ ،

وقوله : (أو أتلّف أحدهما غاصباً) لا بد أن يقول : غاصباً له فقط ،
وإلا .. فالمسألة الأولى داخلة فيه .

قوله : (ولو حدث نقص يسري إلى التلف ؛ بأن جعل الحنطة هريسة ..
فكالتالف ، وفي قولٍ : يرده مع أرش النقص) أما الأول وبه قطع بعضهم ..
فلأنه لو ترك بحاله .. لفسد فكأنه هلك ، وأما الثاني .. فبالقياس على التعيب
الذي لا يسري .

وفي قول : يتخير المالك بينه وبين أن يغرمه بدل ماله ، واستحسنه في
« الشرح الصغير » ، واختاره السبكي ، وفي « المطلب » : أن بعضهم قطع به .
فعلى الأول يغرم الغاصب البدل ، وهو المثل إن كان مثلياً ، أو القيمة إن
كان متقوماً ، وهل يكون المغصوب لمالكة أو يصير للغاصب ؟ فيه وجهان ،
ورجح السبكي : كونه للغاصب .

واحترز بقوله : (يسري) : عما لا يسري فإن الواجب إنما هو رده مع
الأرش .

قوله : (ولو جنى المغصوب فتعلق برقبته مال .. لزم الغاصب تخليصه)
أي : سواء أكانت الجناية موجبة للمال ، أم موجبة للقصاص وعفي على مالٍ ؛
لأن جنانيته نقصان حصل في يده .

قوله : (بالأقل من قيمته والمال) أي : الواجب بجنانيته ، قطع به في

فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ . . غَرَمَهُ الْمَالِكُ ، وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ .

« الروضة »^(١) ؛ لأن الأقل إن كان هو القيمة . . فهو الذي دخل في ضمانه ، وإن كان هو المال المتعلق بالرقبة . . فهو الذي وجب ، وقيل : على القولين فيما يفديه السيد به .

قوله : (فإن تلف في يده) أي : تلف العبد الجاني في يد الغاصب (. . غرمه المالك) أي : قيمته أقصى ما كانت من الغصب إلى التلف .

قوله : (وللمجني عليه تغريمه) أي : تغريم الغاصب ؛ لأن جناية المغصوب مضمونة على الغاصب .

قوله : (وأن يتعلق بما أخذه المالك) أي : من الغاصب ؛ لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة ، فيتعلق ببذلها ؛ قياساً على بدل المرهون ، وإنما يتعلق بقدر حقه ، وهو الأقل من قيمته والمال ، لا بجميع ما يأخذه المالك ، وهو أقصى القيم ، فقد يكون أرش الجناية أقل من ذلك .

وقيل : تسلم القيمة للمالك ولا يطالبه المجني عليه بها ، وإنما يطالب الغاصب ؛ كما أن المجني عليه لو أخذ الأرش . . لم يكن للمالك التعلق به ، فهما كرجلين لكل منهما دين على ثالث ، واختاره في « المطلب » .

قوله : (ثم يرجع المالك على الغاصب) أي : إذا أخذ منه المجني عليه ؛ لأنه أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب .

وفهم من قوله : (ثم يرجع) أنه ليس للمالك مطالبة الغاصب بالأرش قبل

(١) روضة الطالبين (١٢٥ / ٤) .

وَلَوْ رَدَّ الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِكِ فَبِيعَ فِي الْجَنَايَةِ . . رَجَعَ الْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ
الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ .

وَلَوْ غَضَبَ أَرْضاً فَنَقَلَ تُرَابَهَا . . أَجْبَرَهُ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّهِ ، أَوْ رَدَّ مِثْلَهُ
وَعَادَةَ الْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ ،

أن يأخذ المجني عليه القيمة منه ، وبه صرح الإمام^(١) ، فإنه لو أبرأ المجني عليه الغاصب من الأرض . . صح واستقر حق المالك فيما قبضه ولا رجوع له .

قوله : (ولو رد العبد إلى المالك فبيع في الجناية . . رجع المالك بما أخذه المجني عليه على الغاصب) لأن الجناية حصلت حين كان المغصوب مضموناً عليه ، بخلاف ما إذا جنى في يد المالك ، ثم غصبه غاصب ورده ، ثم بيع في تلك الجناية حيث لا يرجع المالك بشيء ؛ لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه .

فرع : لو جنى المغصوب في يد الغاصب عمداً . . اقتصر منه ، ورجع المالك على الغاصب بقيمته ، وكذا لو ارتد في يده وقتل بعد الرد إلى المالك .
ولو غصب مرتداً أو سارقاً ، فقتل أو قطع في يد الغاصب . . فعلى الوجهين فيما إذا اشترى مرتداً أو سارقاً ، فقتل أو قطع في يد المشتري .

قوله : (ولو غصب أرضاً ، فنقل ترابها . . أجبره المالك على رده ، أو رد مثله) يعني : يجب رده إن كان باقياً ولو غرم عليه أضعاف قيمته ، ورد مثله إن كان تالفاً .

قوله : (وإعادة الأرض كما كانت) أي : من انبساط وارتفاع ، فإن تعذر المثل . . فالمنصوص : أنه يقوم الأرض وعليها التراب الذي أخذ منها ، ثم

(١) نهاية المطلب (٢٢١ / ٧) .

وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْمَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ ، وَإِلَّا . . . فَلَا يَرُدُّهُ بِلَا إِذْنٍ فِي الْأَصَحِّ ،

بدونه ، ويضمن ما بين القيمتين ، وقيل : يجب الأكثر من هذا ومن قيمة التراب منقولاً .

وصورة المسألة : ما إذا كشط التراب عن وجه الأرض^(١) ، فلو لم تكن له قيمة ولا يقصد ؛ كالقمامات . . فلا رد ولا مثل .

قوله : (وللناقل الرد وإن لم يطالبه المالك إن كان له فيه غرض) أي : بأن كان دخل الأرض نقص ، وكان ذلك النقص يزول بالرد ، وله رده في هذه الحالة بغير رضا المالك ، وكذا لو نقله إلى ملكه ، فأراد تفريغه ، فكان الأولى أن يقول : (ولو منعه المالك) .

نعم ؛ لو منعه من بسطه . . لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً .

قوله : (وإلا . . فلا يرده بلا إذن في الأصح) أي : إذا لم يكن له فيه غرض ؛ بأن كان قد نقل التراب إلى مواتٍ ، أو شارع لا يضر بالمارة ، أو إلى بقية الأرض المغصوبة ؛ لأنه تصرف في التراب وفي الموضع بغير إذن .

والثاني : له رده ؛ لأنه رد ملكه إلى محله .

وقوله : (بلا إذن) يوهم أن الوجهين يجريان مع التصريح بالمنع ، لكن جزم الرافعي في هذه الحالة بأنه لا يرد ، وحكى عن « التتمة » بناء الوجهين فيما إذا لم يمنعه على الوجهين في أنه إذا منعه^(٢) فخالف ورد . . هل للمالك مطالبته بالنقل ثانياً ؟ إن قلنا : لا . . رد من غير إذن المالك ، وإن قلنا :

(١) وليس في (أ) قوله : (وصورة المسألة : ما إذا كشط التراب عن وجه الأرض) .

(٢) وفي (أ) : (فيما إذا منعه) .

وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ الْبُئْرِ وَطَمُّهَا .

وَإِذَا أَعَادَ الْأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ . . فَلَا أَرْشَ ، لَكِنْ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِمُدَّةِ الْإِعَادَةِ ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ . . وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا .

نعم . . افتقر إلى إذنه ، وهو الأظهر^(١) .

قوله : (ويقاس بما ذكرنا حفر البئر وطمها) أي : فإن أمره المالك بالطم . . وجب عليه ، وإلا ؛ فإن كان له فيه غرض أن يدفع عن نفسه خطر الضمان لو تردى فيها مترد . . استقل به ، وإلا . . فلا ، فإن منعه المالك وقال : رضيت باستدامة البئر ، فإن كان للغاصب غرض سوى دفع ضمان التردى . . فله الطم ، وإلا . . فالأصح : المنع ، ويندفع عنه الضمان ؛ لخروجه عن أن يكون جنائية وتعدياً ؛ لأن الإذن الطارئ بمنزل المقارن ، والضمان إنما هو بالحفر عدواناً ، وإن اقتصر المالك على المنع ولم يقل : رضيت باستدامتها . . ففي « التتمة » : أنه كالتصريح بالرضا ؛ لتضمنه إياه ، وقال الإمام : لا يتضمنه^(٢) .

قوله : (وإذا أعاد الأرض كما كانت ولم يبق نقص . . فلا أَرْشَ ، لكن عليه أجرة المثل لمدة الإعادة) عبارة « الشرح » : لمدة الحفر والإعادة^(٣) .

قال السبكي : لا خلاف في ذلك ؛ لوضع اليد .

قوله : (وإن بقي نقص . . وجب أَرْشُهُ مَعَهَا) أي : مع الأجرة لاختلاف سبهما .

(١) الشرح الكبير (٤٤٦/٥) ، وفي (ب) : (وهو الأصح) وما أثبتناه موافق لما في « الشرح الكبير » .

(٢) نهاية المطلب (٢٣٥/٧ - ٢٣٦) .

(٣) الشرح الكبير (٤٤٧/٥) .

وَلَوْ غَصَبَ زَيْتاً وَنَحْوَهُ ، وَأَغْلَاهُ ، فَنَقَصْتُ عَيْنُهُ دُونَ قِيَمَتِهِ . . رَدَّهُ وَلَزِمَهُ
مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ نَقَصْتُ الْقِيَمَةَ فَقَطْ . . لَزِمَهُ الْأَرَشُ ، وَإِنْ
نَقَصَا . . غَرِمَ الذَّاهِبَ وَرَدَّ الْبَاقِي وَمَعَ أَرَشِهِ إِنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيَمَةِ أَكْثَرَ .

قوله : (ولو غصب زيتاً ونحوه ، وأغلاه ، فنقصت عينه دون قيمته . .
رده) لبقاء العين (ولزمه مثل الذاهب على الأصح) لأن له بدلاً مقدراً وهو
المثل ، فصار كما إذا خصي العبد فزادت قيمته . . فإنه يضمن كمال قيمته على
الجديد .

والثاني : يرده ولا غرم عليه ؛ لأن ما حصل به النقص حصلت به الزيادة ،
فلم يكن سبباً في الغرامة .

وقوله : (ونحوه) يعني : بقية أنواع الدهن بخلاف العصير ، فإنه
لا يضمن مثل ما ذهب بالإغلاء منه إذا لم ينقص قيمته على المذهب ؛ لأن
الذاهب مَائِيَّة .

ويجري هذا الخلاف في العصير إذا صار خللاً ونقصت عينه دون قيمته ،
وفي الرطب إذا صار تمرأ .

قوله : (وإن نقصت القيمة فقط . . لزمه الأرش) أي : يرده مع أرش
النقصان ؛ قياساً على غيره .

قوله : (وإن نقصا)^(١) أي : العين والقيمة (غرم الذاهب ورد الباقي مع
أرشه إن كان نقص القيمة أكثر) ويرد الباقي ويغرم الذاهب قطعاً مطلقاً ، ثم إن
لم يحصل في الباقي نقص . . فلا شيء عليه ، وإن حصل في الباقي نقص في
القيمة . . فعليه الأرش .

(١) قول المتن : (نقصا) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة :
(وإن نقصتا) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ السَّمْنَ لَا يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ ، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةِ نَسِيهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ .

وَتَعْلَمُ صَنْعَةَ لَا يَجْبُرُ نَسْيَانَ أُخْرَى قَطْعاً .

مثال ذلك : رطلان قيمتهما درهمان صارا بالإغلاء رطلاً قيمته درهم ، فإرداه ورطلاً ، وإن صاراً رطلاً قيمته نصف درهم . . فيرد الباقي ، ويرد معه رطلاً ونصف درهم ، فإذا لم ينقص عينه ولا قيمته . . رده ولا شيء عليه .

قوله : (والأصح : أن السمن لا يجبر نقص هزال قبله) مثاله : غصب جارية سمينه فهزلت ، ثم سمت . . فإنه يردّها وأرّش السمن الأول ؛ لأن الثاني غير الأول حتى لو زال الثاني أيضاً . . ردها وأرّش السمنين جميعاً ، وبهذا قطع بعضهم .

والثاني : أن الثاني يجبر الأول ؛ كما لو ابيضت عينه بالجناية ، ثم زال البياض . . لم يضمن قطعاً .

قوله : (وأن تذكر صنعة نسيها يجبر النسيان) لأن العائد هو الأول ، والسمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان ، وبهذا قطع بعضهم ، والثاني : لا يجبر ؛ كالسمن .

ولو تعلم الصنعة بعد نسيانها . . كان كالتذكر ، قاله الرافعي^(١) .

ولو زال السمن أو الصنعة ثم عاد ذلك قاصراً عن الأول بحيث ظهر أثره في القيمة . . وجب جبر ما نقص قطعاً .

قوله : (وتعلم صنعة لا يجبر نسيان أخرى قطعاً) لأنه كمال من غير وجه النقص ، فلا يفيد .

(١) اشرح الكبير (٤٥٠/٥) .

وَلَوْ غَصَبَ عَصِيرًا ، فَتَخَمَّرَ ، ثُمَّ تَخَلَّلَ .. فَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْخَلَّ
لِلْمَالِكِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ الْأَرْشُ إِنْ كَانَ الْخَلُّ أَنْقَصَ قِيَمَةً .

وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا ، فَتَخَلَّلَتْ ، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَّغَهُ .. فَالْأَصَحُّ :

قوله : (ولو غصب عصيراً ، فتخمر ، ثم تخلل .. فالأصح : أن الخل
للمالك ، وعلى الغاصب الأرش إن كان الخل أنقص قيمة) أي : من العصير ؛
لأنه عين ماله ، وإنما انتقل من صفة إلى صفة ، فليرده مع الأرش ، وإن لم
تنقص قيمته .. اقتصر على رد الخل ، وقيل : لا يرد الأرش ، بل مثل
العصير .

والثاني : أن الخل للغاصب ، ويرد مثل العصير ؛ ولو تخمر ولم يتخلل ..
رد مثله من العصير ، وقيل : إنه متقوم فيغرم قيمته .

قال في « المهمات » : كلام الرافعي رحمه الله يقتضي : أن التخمر في يد
الغاصب يخرجها عن كونها محترمة ، وليس كذلك ، بل لا فرق بين التخلل
عنده أو عند المالك^(١) .

قال ابن العماد رضي الله عنه : التعبير بـ (التخلل) غلط وإنما صوابه :
(التخمر) ، وما نقله الرافعي رضي الله عنه من وجوب الإراقة على الغاصب
وإن كان المالك اعتصرها بقصد الخلّ ظاهر متجه ؛ لأن العصير لما انقلب ..
لزمه مثله ولو لم يوجد منه قصد صحيح ، فصار كما لو تخمر في يد المالك من
غير قصد .

قوله : (ولو غصب خمرًا ، فتخللت ، أو جلد ميتة ، فدبغه .. فالأصح :

(١) المهمات (٦٠/٦) .

أَنَّ الْخَلَ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ .

أن الخل والجلد للمغضوب منه (لأنهما فرع أصل كان مختصاً به ، فعلى هذا إذا تلف في يده . . غرمه .

والثاني : للغاصب ؛ لحصولهما عنده مما ليس بمالٍ .

والثالث : أن الخل للمالك ؛ لأنه حصل بلا علاج ، والجلد للغاصب ؛ لأن ماله حصلت بفعله .

والرابع : عكسه ؛ لأن جلد الميتة يقتنى ، فحق المالك فيه أكد ، والخمر لا يجوز اقتناؤها ، فإن كانت محترمة . . فهي كالجلد .

واحترز بالغصب : عما لو أعرض المالك عنهما ؛ بأن أراق الخمر ، أولقى الشاة الميتة ، فأخذها آخذ . . فهل للمعرض استرداد الحاصل ؟ وجهان ، الأصح من « زوائده » هنا : أنه لا يسترد^(١) .

فروع : إذا هلكت البهيمة عند الغاصب . . فعليه القيمة وتسليم الميتة ، قاله الدارمي ، وهل الواجب مؤنة الرد ، أو تكفي التخلية ؟ يشبه أن يكون على الوجهين في الخمر المحترمة ، ولو غصب زيتاً ، فنجسه عليه . . رد مثله ، والمالك أولى به للاستصباح ، قاله في « الكافي » .

ولو غصب خشباً أو غيره فأحرقه . . ففي الرماد وجهان في « البحر »^(٢) ، وأفتى البغوي : بأنه للمالك^(٣) ، حكاه الزركشي .

(١) روضة الطالبين (١٣٤ / ٤) .

(٢) بحر المذهب (٤١٣ / ٦) .

(٣) فتاوى البغوي (ص : ٢٠٧) .

فصل

زِيَادَةُ الْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثَرًا مُحْضًا ؛ كَقَصَارَةٍ . . فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا ، وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أُمِكنَ ، وَأَرُشَ النِّقْصِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا ؛ كِبْنَاءٍ وَغِرَاسٍ . . كُلَّفَ الْقَلْعَ .

(فصل)

[فيما يطرأ على المغصوب من زيادة وغيرها]

(زيادة المغصوب إن كانت أثرًا محضًا ؛ كقصارة . . فلا شيء للغاصب بسببها) لأنه تعدى بذلك العمل ، فلا حق في الزيادة الحادثة من الأثر .

قوله : (وللمالك تكليفه رده كما كان إن أمكن) أي : كرد اللبن طيناً ، والدراهم أو الحلي سبائك ، فإن لم يمكن ؛ كالقصارة ونحوها . . فلا يكلف ؛ إذ لا يمكن رده خاماً .

قوله : (وأرش النقص) يعني : إذا رده كما كان بطلب المالك ، فنقص عما كان عليه قبل الزيادة . . فإنه يغرم الغاصب أرش النقصان ، ولا يغرم ما زاد بسبب الصنعة ، وفات ؛ لأن فواته بأمر المالك ، فإن رده الغاصب بغير أمره . . غرمها .

ولهذا إذا رضي المالك ببقائه كذلك . . لم يكن للغاصب الرد ، إلا أن يكون قد ضرب الدراهم بغير إذن السلطان أو على غير عيَّاره ؛ فإنه يخاف التعزير ، فله الرد ولو لم يأمره .

فإن لم يأمره ولم يمنعه . . قال الزركشي : فقياس ما سبق في التراب : المنع من الإعادة في الأصح .

قوله : (وإن كانت عيناً ؛ كبناء وغراسٍ . . كلف القلع) لأنه عرق ظالم ،

وإن صبغ الثوب بصبغه وأمكن فصله . . أُجبرَ عليه في الأصح ،

ويجب أرش النقص الحاصل من القلع ، وإن نقصت الأرض ؛ لطول مدة الغراس . . فهل يجمع بين أجره المثل وأرش النقص ، أو يجب الأكثر منهما ؟ فيه الخلاف فيما إذا بلي الثوب بالاستعمال .

فلو أراد المالك التبقية بأجرة أو التملك بالقيمة . . لم يلزم الغاصب إجابته في الأصح .

هذا إذا كان البناء والغراس للغاصب ، فإن كان لصاحب الأرض . . ففي « الحاوي » و « البحر » : له تكليفه القلع إن كان له فيه غرض وعليه أرش نقصه ، وإن لم يكن فيه غرض . . ففي إجباره وجهان ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه عبث ، والثاني : نعم ؛ لتعديده^(١) ، قاله الزركشي .

وقال : سكت عن النماء ؛ كما لو اتجر في المال المغصوب . . فالربح له في الأظهر ، قال الجرجاني : وكذا لو حضر الوقعة بالفرس المغصوب . . فالسهم له في أصح القولين^(٢) .

فإن اصطاد بالشبكة المغصوبة . . فالصيد له قولاً واحداً ، وعليه أجره الشبكة .

قوله : (وإن صبغ الثوب بصبغه وأمكن فصله . . أُجبر عليه في الأصح) كالبناء والغراس ، والثاني : لا ؛ لما فيه من ضرر الغاصب ، وعليه العراقيون .

ومحل الوجهين : ما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بيناً ؛ إما

(١) الحاوي الكبير (٣٤٣ / ٨) ، بحر المذهب (٤٣١ / ٦) .

(٢) التحرير (٢٩٧ / ٢) .

وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ؛ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهُ . . فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ . .
لَزِمَهُ الْأَرْضُ ، وَإِنْ زَادَتْ . . اشْتَرَكَا فِيهِ .

لضيق المنفصل بالكلية ، وإما لحقارته بالإضافة إلى قيمة الصبغ ، وإما لأنه يحدث في الثوب بفصله نقصان لا يفي بأرشفه قيمة الصبغ .

ولو رضي المغصوب منه بالإبقاء ، وأراد الغاصب فصله . . فله ذلك إن لم ينقص الثوب بالفصل ، وكذا إن نقص في الأصح ، فإن تراضيا على الإبقاء . . فهما شريكان .

قوله : (وإن لم يمكن) أي : فصل الصبغ (فإن لم تزد قيمته) بأن كانت قيمة الثوب عشرة والصبغ عشرة ، فصارت قيمة الثوب بعد الصبغ عشرة ، لا لانخفاض سوق الثياب ، بل لأجل الصبغ .

قوله : (. . فلا شيء للغاصب فيه) لأن صبغه ينمحق ؛ كما لو طيرته الريح .

قوله : (وإن نقصت) أي : قيمة الثوب (. . لزمه الأرض) أي : بأن صارت قيمة الثوب خمسة ؛ لأنه حصل بفعله .

قوله : (وإن زادت) أي : بأن صارت عشرين (. . اشتركا فيه) أي : هذا بثوبه وهذا بصبغه ، فإن نقص عن العشرين . . فالنقصان على الصبغ ؛ لأن الثوب هو الأصل ، وإن صارت ثلاثين . . كانت الزيادة بينهما .

وقال الرافعي : أطلق الجمهور المسألة ، وفي « الشامل » و« التتمة » : أن النقص لانخفاض سعر الثياب على الثوب ، أو سعر الصبغ أو الصنعة على الصبغ ، والزيادة بسعر أحدهما لصاحبه ، وبسبب الصنعة بينهما^(١) .

(١) الشرح الكبير (٤٥٧/٥) .

وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْصُوبُ بغيرِهِ ، وَأَمَكَنَ التَّمْيِيزُ . لَزِمَهُ وَإِنْ شَقَّ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَالْتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ .

ويمكن تنزيل الإطلاق عليه ، قال الإسني : ونص جماعة كثيرة على مثل ما قال .

تنبيه : احترز بقوله أولاً : (بصبغه) : عما إذا كان الصبغ لصاحب الثوب ، فإن لم يحدث بالصبغ نقص . فهو للمالك ؛ ولا غرم على الغاصب ، ولا شيء له إن زادت القيمة ، وإن حدث نقص . غرم الأرض ، وإذا أمكن الفصل . فللمالك إجباره عليه ، وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك بالبقاء .

وعما إذا كان الصبغ مغصوباً من غير مالك الثوب ، فإن لم يحدث نقصان . فلا غرم على الغاصب ، وهما شريكان ، وإن حدث . . حسب على صاحب الصبغ ، وغرم له الغاصب ما نقص ، وحيث حكم بالشركة . . لم ينفرد أحدهما ببيع ملكه على الأصح .

قوله : (ولو خلط المغصوب بغيره ، وأمكن التمييز . . لزمه وإن شق) أي : سواء أخلطه بجنسه ؛ كحنطة بيضاء بحنطة سمراء ، أم بغير جنسه ؛ كحنطة بشعير ؛ لأنه يجب عليه الرد بكل ما يقدر عليه .

قوله : (وإن تعذر^(١) . . فالمذهب : أنه كالتالف ، فله تغريمه ، وللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط) أي : سواء أخلطه بمثله ، أم بأجود أم بأردأ ؛ لأنه لما تعذر رده . . أشبه التالف .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن تعذر) .

وَلَوْ غَصَبَ خَشْبَةً وَبَنَى عَلَيْهَا.. أُخْرِجَتْ ،

وفي المسألة طريقتان ؛ أحدهما على قولين ؛ أظهرهما : ما قطع به ،
والثاني : أنهما يشتركان في المخلوط ، ويرجع كل منهما إلى حقه فيه ،
وقيل : إن خلط بغير المثل.. فالمغصوب هالك ، أو بالمثل.. كانا
شريكين ، وعلى الأصح : له أن يعطيه من المخلوط إذا كان الخلط بالأجود أو
بالمثل ، وإن كان بالأردأ.. فلا إلا برضاه ، فإذا رضي.. فلا أرش ؛ كما لو
أخذ الرديء من موضع آخر .

قوله : (ولو غصب خشبة وبنى عليها.. أخرجت) لقوله صلى الله عليه
وسلم : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »^(١) .

وهذا ما لم تَعْفَنْ ، فَإِنْ عَفِنْتَ^(٢) بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة..
فهى هالكة ، وإن أخرجت وفيها نقص.. لزمه أرشه ، وفي الأجرة الخلاف في
إبلاء الثوب بالاستعمال .

وقال الماوردي : لو كان المغصوب حجراً ، فبنى عليه منارة مسجد..
أخذ بنقض المنارة ، وعليه غرم نقضها للمسجد إن كان هو المتطوع ببنائها ؛
لخروج ذلك عن ملكه^(٣) .

وقوله : (خشبة) عدل بها عن قول « المحرر » : (ساجة)^(٤) لأنها
أعم ، لكن حكم الآجر والحجر كذلك ، فلو قال شيئاً.. كان أعم ،
و(ساجة) بسين مهملة وجيم .

(١) أخرجه الحاكم (٤٧/٢) ، وأبو داود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٣١٢) ، وابن ماجه
(٢٤٠٠) عن سمرة رضي الله عنه .

(٢) أي : بليت .

(٣) الحاوي الكبير (٣٧٠/٨) .

(٤) المحرر (٧١٩/٢) .

وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ . . فَكَذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ
مَعْصُومَيْنِ .

وَلَوْ وَطِئَ الْمَغْصُوبَةَ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ . . حُدَّ ، وَإِنْ جَهَلَ . . فَلَا حَدَّ ،

قوله : (ولو أدرجها في سفينة . . فكذاك) أي : يجب الإخراج (إلا أن
يخاف تلف نفس أو مال معصومين) أي : بأن تكون السفينة في اللجة والخشبة
في أسفلها ؛ فإنها لا تنزع ، بل ينتظر بها الوصول إلى الشط ، وتؤخذ القيمة
للحيلولة إلى أن يتيسر النزاع ، فيرد اللوح مع أرش النقص وتسترد القيمة .

والنفس المعصومة : كل حيوانٍ محترم آدمياً كان أو غيره .

وقوله : (نفس) يقتضي أن ما دونها ؛ كتلف العضو ومنفعته . . يبيع
النزع ، وليس كذلك ، قاله الزركشي .

والمال المعصوم : مال غير الغاصب ممن لم يعلم الغصب ، فإن كان
للغاصب ، أو لمن وضع فيها ماله وهو يعلم أن فيها لوحاً مغصوباً . . فالأصح
من « زوائده » : عدم النزاع ؛ لسهولة الصبر إلى الشط^(١) .

قوله : (ولو وطئ المغصوبة عالماً بالتحريم . . حد) لأنه زنا سواء
أكانت هي عالمة أم جاهلة ، وقال الصيمري : سواء قبلها ودبرها ، حكاه
الزركشي .

قوله : (وإن جهل . . فلا حد) للشبهة ، والجهل قد يكون ؛ لاشتباهاها
عليه وظنه أنها زوجته أو أمته ، فإن قال : جهلت تحريم الزنا ، أو تحريم وطء
المغصوبة ؛ لدخولها في ضمانني . . لم يقبل إلا أن يكون قريب العهد
بالإسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة .

(١) روضة الطالبين (١٤٣/٤) .

وَفِي الْحَالَيْنِ يَجِبُ الْمَهْرُ إِلَّا أَنْ تُطَاوَعَهُ . فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَعَلَيْهَا
الْحَدُّ إِنْ عَلِمَتْ .

وَوَطْءُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي الْحَدِّ وَالْمَهْرِ ،

قوله : (وفي الحالين يجب المهر إلا أن تطاوعه . . فلا يجب على
الصحيح ، وعليها الحد إن علمت) يعني : أنه يجب المهر لسيد الأمة سواء
أكان الواطيء عالماً بالتحريم ، أم جاهلاً إن كانت جاهلة بالتحريم أو نائمة ،
فإذا كانت بكرًا . . وجب مهر ثيب وأرث بكاره على الأصح ، فإن طاعت
وهي عالمة . . فلا مهر على الصحيح ؛ لأنها زانية فلا مهر لها ، ويجب أرش
البكاره إن كانت بكرًا إذا قلنا : إنه يفرد عن المهر ، والثاني : يجب المهر ؛
لأن مطاوعتها لا تسقط حق سيدها .

وأما الحد . . فإن علمته وطاوعت . . وجب ، وإلا . . فلا .

وقوله : (إن علمت) شرط لوجوب الحد عليها^(١) ولعدم وجوب
المهر عند الطوعية ، ويستفاد منه أنها إذا أجهلت . . يجب المهر لها ولو
طاوعت .

قوله : (ووطء المشتري من الغاصب كوطئه في الحد والمهر) أي :
كوطء الغاصب ؛ لاشتراكهما في وضع اليد العادية ، لكن إذا ادعى أنه لم يعلم
كونها مغصوبة . . قبل قوله ، ولا يشترط أن يكون قريب عهد بالإسلام ، أو
نشأ في بادية بعيدة .

(١) وفي (ب) هنا زيادة ، وهي : (قوله : « ووطئ المشتري من الغاصب ؛ كوطئه في الحد
والمهر » أي : كوطء الغاصب ؛ لاشتراكهما في وضع اليد العادية) ، وعليها علامة (ز)
(وإلى) إشارة إلى زيادته ، وهي أيضاً تكرار لما يأتي آنفاً .

فَإِنْ غَرِمَهُ . . لَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ ، وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِماً
بِالتَّحْرِيمِ . . فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ ، وَإِنْ جَهِلَ . . فَحُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ
قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْإِنْفِصَالِ ، وَيَرْجَعُ بِهَا الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ .

قوله : (فَإِنْ غَرِمَهُ . . لَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه قد انتفع
وباشر الإلتلاف ، والثاني : يرجع إذا جهل الغصب ؛ لأنه لم يدخل في العقد
على ضمانه ، فيرجع فيه على من غره وهو البائع ، وأُجْري الخلاف في أرش
البكارة أيضاً .

فرع : إذا تكرر وطء الغاصب أو المشتري منه مرات مع العلم وأوجبنا
المهر . . فالأصح : يجب لكل مرة مهر ، ومع الجهل لا يجب إلا مهر واحد
على المشهور .

قوله : (وَإِنْ أَحْبَلَ) أي : الغاصب أو المشتري منه (عالماً بالتحريم . .
فالولد رقيق غير نسيب) لأنه زنا ، فإن انفصل حياً . . فمضمون على
الغاصب ، أو ميتاً بجناية . . فبدله للسيد ، أو بغير جناية . . فلا ضمان على
الأصح ؛ لعدم تحقق حياته ، ويجريان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل
ميتاً .

قوله : (وَإِنْ جَهِلَ . . فَحُرٌّ نَسِيبٌ) للشبهة (وعليه قيمته) لتفويته رقه بظنه
(يوم الانفصال) لأن التقويم قبله غير ممكن ، هذا إن انفصل حياً ، أو ميتاً
بجناية ، وعلى الجاني ضمانه بالغرة وللمالك عشر قيمة الأم ، فإن انفصل ميتاً
بغير جناية . . فالمشهور : أنه لا يجب قيمته ؛ لعدم تيقن حياته .

قوله : (ويرجع بها المشتري على الغاصب) لأنه دخل في العقد على أن
يكون الأولاد أحراراً من غير غرامة ، وقيل : على الخلاف في المهر .

وَلَوْ تَلَفَ الْمَغْصُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ . . لَمْ يَرْجَعْ ، وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ
عِنْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَا يَرْجِعُ بِغَرَمٍ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا فِي الْأَظْهَرِ ، وَيَرْجِعُ بِغَرَمٍ
مَا تَلَفَ عِنْدَهُ ، وَبِأَرْشٍ نَقْصٍ بِنَائِهِ وَغَرَاسِهِ إِذَا نُقِضَ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (ولو تلف المغصوب عند المشتري وغرمه . . لم يرجع) أي :
عالمًا كان أو جاهلاً ؛ لأن الشراء عقد ضمان ، وقيل : يرجع بما زاد على قدر
الثمن .

قوله : (وكذا لو تعيب عنده في الأظهر) تسوية بين الجملة والأجزاء ، فإن
ما ضمن كله . . ضمن جزؤه .

والثاني : يرجع ؛ لأن العقد يوجب ضمان الجملة ، ولا يوجب ضمان
الأجزاء على الانفراد .

ومحل الخلاف إذا كان بأفة سماوية ، فإن كان بفعل المشتري . . لم يرجع
قطعاً .

قوله : (ولا يرجع بغرم منفعة استوفاه في الأظهر) أي : كالسكنى
والركوب واللبس ، والقولان هما القولان في المهر .

قوله : (ويرجع بغرم ما تلف عنده ، وبأرش نقص بنائه وغراسه إذا نقض
في الأصح) أشار إلى مسألتين ؛ الأولى : أن المشتري إذا فاتت المنفعة ولم
يستوفها وغرمه المالك . . ففي رجوعه على الغاصب وجهان ؛ أحدهما : أنه
يرجع ؛ لأنه لم يتلفها ، ولا التزم ضمانها ، والثاني : لا ؛ تنزيلاً للتلف تحت
اليد منزلة الإتلاف .

وثمررة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد . . كالمنفعة في التلف والإتلاف ،
قاله في « التتمة » .

وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ لَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ . . لَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَمَا لَا . . فَيَرْجَعُ .

الثانية : إذا بنى المشتري من الغاصب ، أو غرس في الأرض المغصوبة ، ونقض المالك بناءه أو غراسه . . ففي رجوعه على الغاصب بما بين قيمته قائماً ومنقوضاً الوجهان ؛ أحدهما - وهو المنصوص في « البويطي » - الرجوع ؛ لأنه غَرَمَهُ^(١) .

فقوله : (في الأصح) عائد إلى المسألتين .

قوله : (وكل ما لو غرمه المشتري رجع^(٢) به لو غرمه الغاصب . . لم يرجع به على المشتري) أي : كل شيء لو غرمه المشتري لكان يرجع به على الغاصب ؛ كقيمة الولد وأجرة المنافع الفائتة تحت يده ، وكذا الكسب والثمرة والنتاج إذا طوّل به الغاصب ، وغرمه . . لا يرجع به على المشتري ؛ لأن القرار عليه ، لا على المشتري .

قوله : (وما لا . . فيرجع) أي : وكل ما لو غرمه المشتري . . لكان لا يرجع به على الغاصب ؛ كقيمة العين والأجزاء والمنافع التي استوفاه ، فإذا غرمه الغاصب . . رجع به على المشتري ؛ لأن القرار عليه ؛ لتلفه في يده .

وهذا إذا لم يسبق من الغاصب اعتراف بالملك ، فإن أقر به . . لم يرجع قطعاً ولو ضمن قيمة ، لكن لو ضمن الغاصب قيمة يوم الغصب ؛ لكونها أكثر . . لم يرجع بالزائد على الأكثر من قيمة يوم قبض المشتري إلى التلف ؛ لأنه لم يدخل في ضمانه ؛ ولهذا لم يطالب به ابتداء .

(١) مختصر البويطي (ص : ٧١٣) .

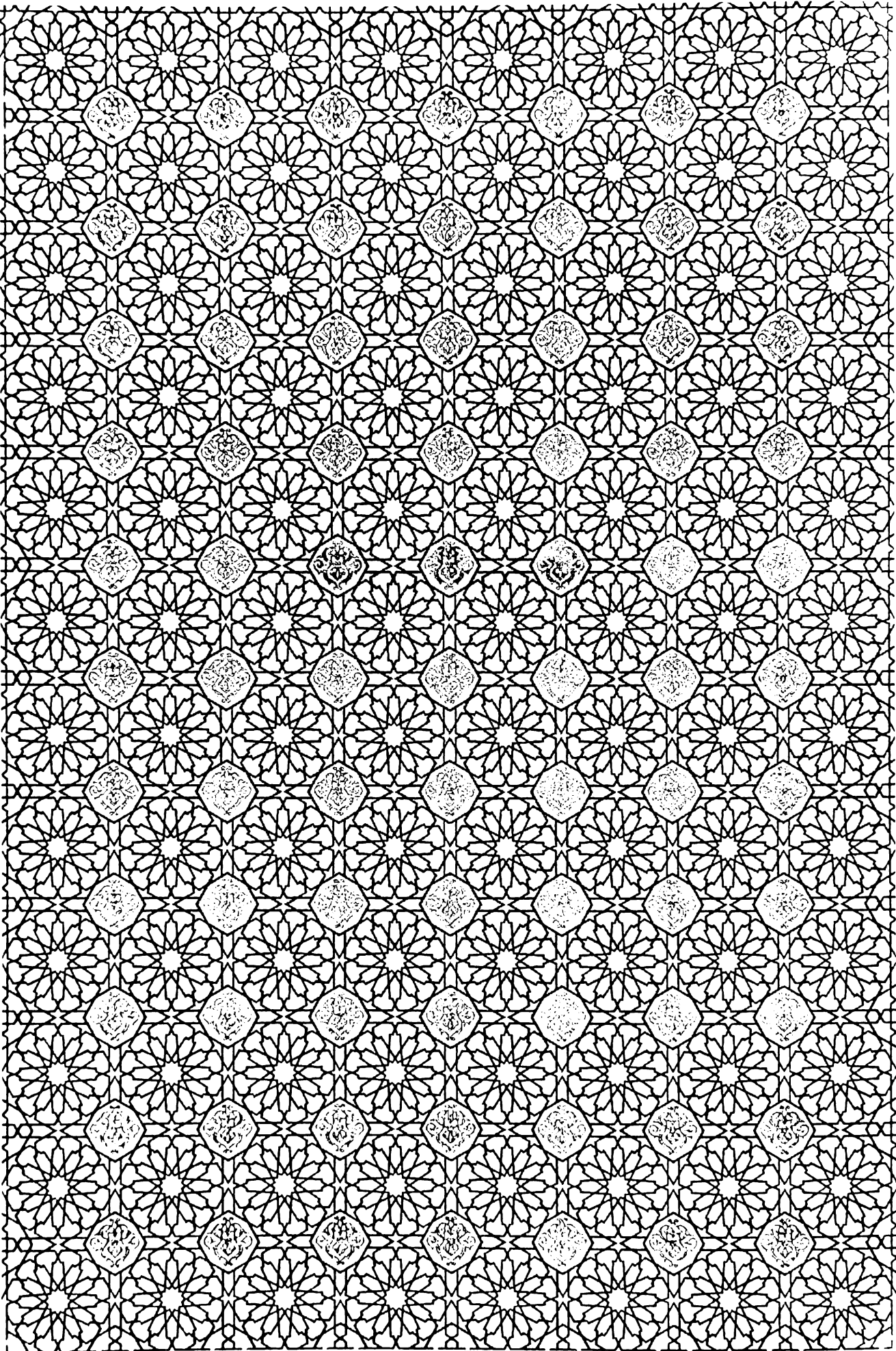
(٢) وفي (ب) : (لرجع) .

قُلْتُ : وَكُلُّ مَنْ انْبَنَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ . . فَكَالْمُشْتَرِي ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

(قلت : وكل من انبت يده على يد الغاصب . . فكالْمُشْتَرِي ، والله أعلم)
يعني : في هذا الضابط في الرجوع وعدمه لا في كل الأشياء .
وقوله : (انبت) هو بنون ، ثم باء ، ثم نون ، والله سبحانه أعلم .

* * *

كتاب الشفعة



كِتَابُ الشُّفْعَةِ

(كتاب الشفعة)

هي بإسكان الفاء : عبارة عن حق تملُّك قهريّ يثبت للشريك بشروط ، من قولك : شفعت كذا بكذا : إذا جعلته شفعا .

والأصل فيها : أحاديث ؛ منها : ما رواه مسلم عن جابر قال : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم : رُبعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء .. أخذ ، وإن شاء .. ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه .. فهو أحق به)^(١) .

الشرك بغير (هاء) اسم ، ويطلق على الشقص نفسه ، وبإثبات الهاء مصدر : شركته شركة ، وروي بهما ، والرُّبُع والرُّبعة : الدار مع بنائها ، والحائط : البستان مع غراسه .

وقال المصنف : إن الحديث محمول على ندب الإعلام وكراهة البيع قبله ؛ لأنه يصدق على المكروه أنه ليس بحلال^(٢) .

قال السبكي : ومذهبنا ومذهب جمهور العلماء : ثبوت الشفعة إذا استأذنه فترك ، ثم باع ؛ لأن الإسقاط قبل البيع لا يصح ، ودلالة الحديث بالمفهوم فيقدم عليه ما يقتضي ثبوتها بالبيع مطلقاً ؛ لقوته واعتضاده بالقياس ، ويحمل الحديث على أن الغالب أنه إذا ترك .. لا يعود بطلب .

(١) صحيح مسلم (١٦٠٨ / ١٣٤) عن جابر رضي الله عنه .

(٢) شرح صحيح مسلم (٤٧ / ٦ - ٤٨) .

لَا تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ ، بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبْعاً ، وَكَذَا ثَمَرُهُ لَمْ تُؤَبَّرْ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (لا تثبت في منقول ، بل في أرض وما فيها من بناء وشجر تبعاً) .
اعلم : أن شرط المأخوذ بالشفعة : أن يكون عقاراً ثابتاً منقسماً ، فلا تثبت الشفعة ابتداء في منقول غير متصل بالعقار .

واحترزنا بذلك : عن الدار إذا انهدمت بعد ثبوت الشفعة ؛ فإن نقضها يؤخذ بالشفعة ، وعن البناء والشجر المتصلين بالأرض إذا بيعا معها إما صريحاً وإما على القول بدخولهما في بيع الأرض ، فإن بيع شقص منهما منفرداً . . فلا شفعة فيه إلا على وجه ، والبناء والغراس في الأرض الموقوفة والمحتكرة . . لا شفعة فيه إذا بيع ، ولا فيما يباع مع الأرض الحاملة له دون المتخللة بينه على الأصح فيهما ، فإن الأرض فيهما تابعة للمنقول .

وما يدخل تحت مطلق البيع من الأبواب والرفوف والمسامير . . يؤخذ بالشفعة تبعاً ؛ كالأبنية ، وكذا الدولاب الثابت في الأرض والحجر التحتاني ، وفي الفوقاني الوجهان في الثمرة التي لم تؤبر .

قوله : (وكذا ثمرة لم تؤبر^(١) في الأصح) لأنها تتبع الأصل في البيع ، فكذا في الأخذ بالشفعة ، والثاني : لا ؛ لخروجها عن التبعية .

فعلى الأول : لو تأبرت قبل أن يأخذ الشفيع . . أخذها في الأصح ، ولو كانت الثمرة مؤبرة عند البيع ، وشرط دخولها . . فلا شفعة فيها ، ويأخذ الأرض والشجر بحصتهما .

ولو لم تكن الثمرة موجودة عند البيع وحدثت بعده ، ولم تؤبر حتى طلب

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (ثمر لم يؤبر) .

وَلَا شُفْعَةَ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَى سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ ، وَكَذَا مُشْتَرَكٍ فِي الْأَصَحِّ .

وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنَفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ ؛ كَحَمَّامٍ وَرَحَى . . لَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ .

الشفيع . . أخذها على الأظهر .

قوله : (ولا شفعة في حجرة بنيت على سقف غير مشترك) مثاله : أن يبنيا على سقف لأحدهما أو لثالث ، ثم يبيع أحدهما نصيبه . . فلا شفعة ؛ لأنه لا أرض لها ولا ثبات ، فهي كالمنقول .

ومراد المصنف : لا شفعة لصاحب السفلى ولا الشركاء في العلو ، أما السفلى . . فإنه لا شركة مع البائع وإنما هو جار .

قوله : (وكذا مشترك في الأصح) لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له ، والثاني : نعم ؛ للاشتراك في أرضها وجدرانها ، ولو كان السفلى مشتركاً بين اثنين ، والعلو لأحدهما ، فباعه مع نصيبه من السفلى . . أخذ الشريك نصف السفلى ، ولا يأخذ العلو ؛ لأنه لا شركة له فيه ، وقيل : يأخذه تبعاً .

وهكذا لو كانت الأرض مشتركة ، وفيها أشجار لأحدهما ، فباعها مع نصيبه من الأرض .

قوله : (وكل ما لو قسم بطلت منفعة المقصودة ؛ كحمام ورحى . . لا شفعة فيه في الأصح) .

اعلم : أن في ثبوت الشفعة في العقار الذي لا ينقسم ؛ كالطاحون والحمام الصغيرين . . خلافاً مبنياً على الوجهين في المعنى المقتضي لثبوتها ؛ أحدهما : أنه دفع ضرر سواء المشاركة والتأذي بحرفة الشريك وأخلاقه ،

وأصحهما : أنه دفع الضرر الذي ينشأ من القسمة من بدل مؤنتها ، والحاجة إلى أفراد الحصّة الصائرة إليه بالمرافق ، فعلى الأول : تثبت الشفعة في كل عقار ، وعلى الثاني : لا تثبت إلا فيما يجبر الشريك فيه على القسمة .

والأصح فيما يجبر فيه : ما أشار إليه المصنف : أنه الذي إذا قسم . . أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ، فلو كان بينهما حمام أو طاحون ؛ فباع أحدهما نصيبه ؛ فإن كانت الطاحونة كبيرة يمكن جعلها طاحونين لكل واحد حجران ، والحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين . . تثبت الشفعة ، وإن لم يمكن ذلك . . فلا شفعة على الأصح^(١) .

قال الإمام : ولو لم يكن في الطاحون الكبيرة إلا حجر واحد ، وأمكن نصب حجرين . . فهو مما ينقسم^(٢) .

فائدة^(٣) : عبارة « المحرر » : (الطاحونة)^(٤) قال الجوهري : والطاحون : الرحي^(٥) .

قال السبكي : وفي عرف بلادنا أن الطاحون يطلق على المكان ، والرحي على الحجر .

ومن المعلوم أن الحجر ليس المراد هنا فإنه منقول ، وإنما تثبت الشفعة فيه تبعاً للمكان ، وهو المراد هنا ، وهو يكون كبيراً ، وقد يكون صغيراً .

(١) روضة الطالبين (١٥٨ / ٤) .

(٢) نهاية المطلب (٣٨٠ / ٧) .

(٣) وفي (أ) : (فرع) بدل (فائدة) .

(٤) المحرر (٧٢٤ / ٢) .

(٥) الصحاح (ص : ٦٣٤) .

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكَ ، وَلَوْ بَاعَ دَاراً وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا . . فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا ،

و (الرحى) : مقصور مؤنث يكتب بالياء وبالألف ، وقد يمد .

قوله : (ولا شفعة إلا لشريك) أي : مسلماً كان أو ذمياً ، حرّاً أو مكاتباً أو غير عاقل ؛ كمسجد له شقص لم يوقف بعد ، فباع شريكه يأخذ له الناظر بالشفعة^(١) ، وهكذا لو كان بيت المال شريكاً^(٢) ، ولو بيع نصيب المسجد . . فللشريك أخذه بالشفعة .

ولا تثبت للجار ملاصقاً أو مقابلاً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ . . فَلَا شُفْعَةَ »^(٣) .

فَأُثْبِتَ جنس الشفعة فيما لم يقسم ونفاها عن المقسوم .

ولو كان الشقص وقفاً . . لم يكن للموقوف عليه أن يأخذ إن قلنا : لا يملك ، وكذا إن ملكناه في الأصح ؛ لأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا يستحق به .

قوله : (ولو باع داراً وله شريك في ممرها . . فلا شفعة له فيها) لأنه لا شركة له في الدار ، فأشبه ما لو باع عقاراً غير مشترك وشقصاً مشتركاً ،

(١) أي : كان للقيم أن يأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة . راجع « مغني المحتاج » (٣/٣٧٦) .

(٢) قوله : (كان بيت المال شريكاً) كذا في (أ) و (ب) ، وعبارة « الشرح الكبير »

(٤٩١/٥) ، و « مغني المحتاج » (٣/٣٧٦) : (كان لبيت المال شريك) ، وفي هذه

الحالة للإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة . راجعهما .

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٥٧) عن جابر رضي الله عنه ، وابن حبان (٥١٨٥) ، وابن

ماجه (٢٤٩٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وراجع « التلخيص الحبير » (٣/١٣٥ -

(١٣٦) .

وَالصَّحِيحُ : ثُبُوتُهَا فِي الْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى الدَّارِ ، أَوْ
أَمَكَنَ فَتَحُ بَابٍ إِلَى شَارِعٍ ، وَإِلَّا . . فَلَا .

وخرج ابن سريج أنها تثبت بتبعية الشرك في الممر .
وصورة المسألة في الدرب الذي لا ينفذ ، فإن الممر فيه مشترك وللبيع فيه
حصّة .

قال السبكي : ولا فرق بين أن يقول : ممرها ، أو : حقوقها ، أو يطلق ؛
فإن الممر يدخل في البيع تبعاً .

قوله : (والصحيح : ثبوتها في الممر) أي : بحصته من الثمن (إن كان
للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكن فتح باب إلى شارع) لإمكان الدخول
إليها بلا ضرر (وإلا . . فلا) لأنه لا ضرر على المشتري في الأخذ منه إذا أمكنه
المرور من موضع آخر ، بخلاف ما إذا لم يمكن ، والشفعة إنما شرعت لدفع
الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر .

والثاني : تثبت وإن تعذر المرور ؛ لأن المشتري هو الذي أضر نفسه حيث
اشترى مثل هذه الدار .

والثالث : لا تثبت وإن أمكن المرور إذا كان في اتحاد الممر عسر أو مؤنة
لها وقع ؛ لأن فيه ضرراً ظاهراً .

ومحل الخلاف : إذا لم يتسع الممر لاستطراقهم لو اقتسموا ، فإن اتسع
بحيث يخلو لمشتري الدار منه شيء يمر فيه . . تثبت الشفعة في الباقي بلا
خلاف .

وفي المقدار الذي لا يتأتى المرور بدونه الأوجه ، قال السبكي : نبه عليه
المحاملي والماوردي وغيرهما ، وجزم الرافعي بثبوت الشفعة إذا باع نصيبه من

وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مِلْكُ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ ؛
كَمَبِيعٍ ، وَمَهْرٍ ، وَعَوَاضٍ خُلِعَ ، وَصُلِحَ دَمٌ ، وَنُجُومٌ ، وَأُجْرَةٌ ، وَرَأْسُ مَالٍ
سَلَمَ .

الممر وحده^(١) ، واستشكل^(٢) .

قوله : (وإنما تثبت فيما ملك بمعاوضة ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع ؛
كمبيع ، ومهر وعوض خلع ، وصلح دم ، ونجوم ، وأجرة ، ورأس مال سلم)
يعني : أن الذي يستحق أخذه بالشفعة هو المملوك بعقد المعاوضة سواء أكانت
محضة أم غير محضة ، فالمملوك يارث أو هبة أو وصية . . . لا يؤخذ
بالشفعة ؛ لأن النص ورد في البيع^(٣) ، وما ملك بغير معاوضة ليس في معناه .

وقوله : (كمبيع) مثال لما ملك بمعاوضة محضة ، وهو البيع (ومهر)
مثال لغير المحضة ؛ لأنه عوض النكاح (وعوض خلع) أي : الذي وقع
الخلع عليه (وصلح دم) أي : الذي وقع الصلح عن الدم عليه ، وذلك حيث
كانت الجناية عمداً ، فإن كانت خطأ . . فالواجب فيها الإبل والمصالحة عنها
باطلة على الصحيح ؛ لجهالة صفاتها ، (ونجوم) أي : وعوض نجوم ،
ومعناه : أن يكون كاتبه على نجوم ، وملك بعد ذلك شقصاً ، فدفع الشقص
إلى السيد عن نجومه .

وصحح الرافعي في (الكتابة) منع الاعتياض عن نجوم الكتابة ،
والصحيح : ما ذكره هنا من الجواز^(٤) ، فهو المنصوص ، قاله السبكي .

(١) الشرح الكبير (٤٩٠ / ٥) .

(٢) راجع « تحرير الفتاوى » (٢١٦ / ٢) .

(٣) وهو : (لا يحلّ له أن يبيع حتى يؤذن شريكه . . .) أخرجه مسلم (١٦٠٨ / ١٣٤) عن جابر
رضي الله عنه .

(٤) الشرح الكبير (٤٩٧ / ٥) ، (٤٨٣ / ١٣) ، (٤٨٤) .

وَلَوْ شُرِطَ فِي الْبَيْعِ الْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ . . لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطَعَ
الْخِيَارُ ،

قال : وقوله : و(أجرة) يصح أن يكون معطوفاً على المضاف ؛ بأن
يجعل الشقص أجرة ، ويصح عطفه على المضاف إليه ؛ بأن يأخذه عوضاً عن
الأجرة^(١) المستحقة .

وقوله : (ورأس مال سلم) يتعين أن يكون معطوفاً على المضاف ، فإنه
يَمْتَنِعُ الاعتياض عنه قبل قبضه ، وبعد قبضه يصير كسائر الأموال ، ولا فرق في
الأجرة بين أن يكون المستأجر منافع بدن حُر أو عَبْدٍ أو غيرهما .
وجعل الشقص متعة كجعله صداقاً .

فلو قال : (كميعة ، ومهر ، وأجرة ، ورأس مال سلم ، وعوض خلع ،
وصلح دم ، ونجوم) . . كان أحسن .

وقال الزركشي : احترز باللائم : عما إذا جرى البيع بشرط الخيار ، وإنما
يَتَمَشَّى على وجهه ، ولو قال : (لازماً) أو آيلاً إلى اللزوم) . . لاستقام .
واحترز بالمتأخر : عما لو اشترى اثنان داراً أو شقصاً من دار معاً ، لكن يرد
عليه ثبوتها للورثة مع أن ملكهم للأصل حدث بعد البيع .

قوله : (ولو شرط في البيع الخيار لهما أو للبائع . . لم يؤخذ بالشفعة حتى
ينقطع الخيار) لأننا إن قلنا : الملك للبائع . . فظاهر ، وإن قلنا : للمشتري . .
فالأخذ يؤدي إلى إبطال خيار البائع ، وذلك إضرار به .

قال الإسنوي : تعبيره بـ(المبيع) بالميم أصوب من إسقاطها ؛ فإن الشرط

(١) وفي (ب) : (من الأجرة) .

وَأِنْ شُرْطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ.. فَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا : الْمَلِكُ
لِلْمُشْتَرِي ،

الواقع في عقد البيع يكون في المبيع وقد علم ، وفي الثمن المعين ، واشتراط
الخيار فيه مانع مطلقاً .

وقوله : (لهما) لم يذكره في « المحرر »^(١) ، وحذفه أولى فإن المانع
لثبوته للبائع .

قوله : (وإن شرط للمشتري وحده.. فالأظهر : أنه يؤخذ إن قلنا : الملك
للمشتري) لأنه إذا أخذ منه بعد الاستقرار.. فقبله أولى .

والثاني - وبه قطع بعضهم - أنه لا يؤخذ ؛ لأن المشتري لم يرض بلزوم
العقد ، والأخذ يؤدي إلى لزومه وإثبات العهدة عليه .

فعلى الأول : لو لم يعلم الشفيع إلا بعد الفسخ.. فالقياس وهو مقتضى
ما في « التتمة » : أنه كما سيأتي في الرد بالعيب^(٢) ، قاله الإسنوي .

وقال السبكي : الخلاف في الرد بالعيب فيمن المقدم منهما ، والخلاف
هنا في أن حق الشفعة هل يثبت ، أو لا يثبت حتى ينقضي الخيار ؟ وعلى
الثبوت يصير كحق الرد بالعيب ، ويتجه أن يأتي فيه ذلك الخلاف ، ويخرج منه
على قولنا بثبوت حق الشفعة للشفيع إذا كان الخيار للمشتري.. قولان في : أنه
هل للشفيع منع المشتري من الفسخ ؛ كما في الرد بالعيب ؟ لكن الأصح في
الرد : أن له المنع ، وكلام الرافعي هنا يوهم أنه مثله^(٣) ، والذي ينبغي أنه ليس
له منعه ؛ لأن الملك لم يلزم ، بخلاف الرد بالعيب .

(١) المحرر (٧٢٦/٢) .

(٢) أي : في المتن الآتي آنفاً .

(٣) الشرح الكبير (٤٩٣/٥ - ٤٩٥) .

وَالْأَلَّا . . فَلَا .

وَلَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشَّقْصِ عَيْبًا وَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ
وَيَرْضَى بِالْعَيْبِ . . فَلَاظْهَرُ : إِجَابَةُ الشَّفِيعِ .

نعم ؛ إن بادر وأخذ . . فقد امتنع الفسخ .

قوله : (وإلا . . فلا) أي : وإن قلنا : الملك للبائع أو موقوف . . فلا
يؤخذ بالشفعة حتى ينقضي الخيار ؛ لأنه إنما يأخذ من المشتري ، وقيل :
يأخذ ؛ لانقطاع سلطنة البائع .

وكلام المصنف يوهم : أن الخلاف في هذه الحالة قولان ، وليس كذلك .
تنبيه^(١) : خيار المجلس فيما ذكره كخيار الشرط ، وانفراد أحدهما بالخيار
يتصور بإسقاط صاحبه خيار نفسه .

فلو عبر بقوله : (ولو ثبت في المبيع الخيار) إلى آخره . . لكان أحسن .
وقال الإسنوي : مجرد البيع لا يكفي في ثبوت الشفعة ، بل لا بد في ثبوتها
من ملك المشتري ، ومن في معناه ، وإليه أشار بقوله : (فيما ملك) .

ولا يشترط اللزوم على الأصح ، فكان ينبغي حذفه ؛ لأن له المطالبة قبل
القبض أيضاً ، لكن هل يجبر المشتري على القبض ويأخذ منه ، أو يأخذ من
البائع ويقوم قبضه مقام قبض المشتري ؟ وجهان .

قوله : (ولو وجد المشتري بالشقص عيباً ، وأراد رده بالعيب ، وأراد
الشفيع أخذه ويرضى بالعيب . . فلاظهر : إجابة الشفيع) لأن حقه سابق ، فإنه
ثابت بالبيع ، وحق المشتري في الرد ثابت بالاطلاع ، ولأن غرض الرد
الوصول إلى الثمن وهو حاصل بأخذ الشفيع .

(١) وفي (أ) : (فرع) بدل (تنبيه)

وَلَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَاراً أَوْ بَعْضَهَا . . فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ .

والثاني : يجاب المشتري ؛ لأنه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه .

فعلى الأصح : لو رده المشتري قبل علم الشفيع ، ثم جاء طالباً .
فالأصح : يفسخ الرد ويأخذ .

ويجري الخلاف فيما إذا كان الثمن معيناً ، فأراد البائع الرد ، وهذه المسألة تتعلق بقيد اللزوم .

وقال الزركشي : إذا استقال البائع المشتري ، فأجابه بعد لزوم العقد . .
فللشفيع منعهما من ذلك ، واسترجاعه من يد البائع ، حكاه الماوردي عن ابن القطان .

وينبغي أن يجيء فيه خلاف الرد بالعيب ؛ لأن كلاً منهما فسخ .

قوله : (ولو اشترى اثنان داراً أو بعضها . . فلا شفعة لأحدهما على الآخر)
لاستوائهما في وقت حصول الملك ، والشرط أن يكون متأخراً كما في الضابط^(١) .

قال الإسنوي : ويرد عليه : ما لو باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار له ، ثم باع الثاني نصيبه في زمن الخيار بيع بئآت . . فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني ؛ لزوال ملكه ، ولا للمشتري منه وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الأول إذا قلنا بالصحيح : إن المشتري لا يملك في مدة خيار البائع ؛ لأن سبب الشفعة : البيع ، وهو سابق على ملكه ، كذا قاله الرافعي^(٢) .

(١) أي : المار في قول المتن : (متأخراً عن ملك الشفيع) .

(٢) الشرح الكبير (٤٩٣/٥) .

وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي الْأَرْضِ . . . فَلَا صَحْ : أَنَّ الشَّرِيكَ لَا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَبِيعِ ، بَلْ حِصَّتُهُ .

وَلَا يُشْتَرَطُ فِي التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ ، وَلَا إِحْضَارُ الثَّمَنِ ، . . .

ووجه الإيراد : أن المشتري الثاني لا يأخذ المبيع أولاً وإن كان ملكه متأخراً ، فالصواب : أن يقول : (متأخراً عن سبب ملكه) .

قال السبكي : وأما الشفعة في المبيع ثانياً . . . فموقوفة إن توقفت في الملك ، وللبائع الأول إن أبقينا ملكه ، وللمشتري منه إن أثبتناه له .

قوله : (ولو كان للمشتري شرك في الأرض . . . فلاصح : أن الشريك لا يأخذ كل المبيع ، بل حصته) مثاله : دار بين ثلاثة أثلاثاً ، فاشترى أحدهم نصيب صاحبه ، فيأخذ الثالث السدس فقط ؛ لأنه والمشتري شريكان فيستويان .

والثاني : يأخذ كل المبيع ؛ لأن الشفعة تستحق على المشتري ، فلا يستحقها على نفسه .

وجوابه ؛ بأن شركته لم تثبت له الشفعة ، بل أسقطتها عنه ؛ كَمَا يَنْجَرُّ وَلَاؤُهُ نَفْسَهُ إِلَيْهِ ، وَيَسْقُطُ .

وقوله : (شرك) بكسر الشين ؛ أي : نصيب ، ولا حاجة إلى قوله : (في الأرض) لأنه قد علم ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت .

قوله : (ولا يشترط في التملك بالشفعة حكم حاكم) لأنه ثابت بالنص^(١) (ولا إحضار الثمن) لأنه تملك بعوض ، فلا يفتقر إلى إحضار العوض ؛

(١) أي : بالحديث السابق أول الباب .

وَلَا حُضُورُ الْمُشْتَرِي .

وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ الشَّفِيعِ ؛ ك : تَمَلَّكْتُ ، أَوْ أَخَذْتُ بِالشَّفْعَةِ ،

كالبيع (ولا حضور المشتري) كما في الرد بالعيب ، والمقصود : أن كل واحدٍ منها ليس شرطاً بعينه ، وأما اشتراط واحدٍ منها . . فسيأتي^(١) .

قال الزركشي : ولا يشترط الحضور عند الشقص ، فلو تلاقيا في غير بلد الشقص ، فأخر الشفيع إلى العود إليه . . بطل حقه ، نص عليه .

وهل يحتاج الشفيع إلى تبين مقدار سهمه ؟ أجاب ابن الصلاح : إذا أقام البينة على كونه شريكاً . . كفى واستحق الشفعة^(٢) .

قوله : (ويشترط لفظ من الشفيع) أي : كالبيع ، فلو سلم الشفيع الثمن للمشتري وسلم الشقص . . قال القاضي : يصح ، وقال المتولي والرافعي : ينبغي على أن المعاطاة هل تفيد الملك^(٣) ؟ وهذا تفريع على أن المعاطاة لا تختص بالمحقرات ، والمفهوم من كلام المتولي أنه يكون بيعاً ، لا أخذاً بالشفعة ، ويظهر أثر هذا في ثبوت خيار المجلس ، والمفهوم من كلام القاضي حسين : أنه أخذ بالشفعة ، قاله السبكي .

قوله : (ك : تملك ، أو : أخذت بالشفعة) أي : وما أشبههما ، واللفظ ركن يشترط في صحته معرفة الشفيع بالثمن ، وألاً يملك بمجهول ، ولا يكفي أن يقول : أنا مطالب بالشفعة ، ونحو ذلك ، وقيل : تكفي المطالبة .

(١) أي : في قول المتن آنفاً : (ويشترط مع ذلك : إما تسليم العوض . .) إلخ ، وراجع جواب ابن حجر عن الاعتراض هنا في « تحفة المحتاج » (١٠٩ / ٦) .

(٢) فتاوي ابن الصلاح (ص : ٣٢٣) مسألة (٢٠٢) .

(٣) الشرح الكبير (٥٠٥ / ٥) .

وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ :

إِمَّا تَسْلِيمُ الْعَوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسْلِمَ . .
مَلَكَ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ .

وإِمَّا رِضَا الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعَوَضِ فِي ذِمَّتِهِ .

وإِمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ ، وَأُثْبِتَ حَقَّهُ فَيَمْلِكُ بِهِ
فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (ويشترط مع ذلك : إما تسليم العوض إلى المشتري ، فإذا تسلمه
أو ألزمه القاضي التسلم . . ملك الشفيع الشقص) يعني : أن مجرد اللفظ
لا يكفي ؛ فلا بد من أحد أمور ثلاثة ؛ أحدها : أن يسلم الثمن ، فيقبضه
المشتري ، وإن لم يقبضه . . خلى بينه وبينه ، أو يرفع إلى الحاكم حتى يلزمه
التسليم ، أو يقبضه عنه القاضي ، وحينئذ يحصل الملك .

وأشار إلى الثاني بقوله : (وإما رضا المشتري بكون العوض في ذمته)
فيحصل الملك إذا سلم الشقص إليه ، وكذا إن لم يسلم في الأصح .

نعم ؛ لو كان المبيع شقص دار عليها صفائح من ذهب ، والثمن فضة ، أو
بالعكس . . وجب التقابض في المجلس .

وأشار إلى الثالث بقوله : (وإما قضاء القاضي له بالشفعة إذا حضر
مجلسه ، وأثبت حقه) أي : في الشفعة (فيملك به في الأصح) لأن اختيار
التملك قد تأكد بحكم الحاكم .

والثاني : لا يملك بذلك ؛ لأنه لم يرض بدمته ، ولا يقوم الإشهاد على
الطلب ، واختيار الشفعة مقام قضاء القاضي على الأصح .

ويشترط في التملك : أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ، ولا يشترط ذلك في

وَلَا يَتَمَلَّكُ شِقْصاً لَمْ يَرَهُ الشَّفِيعُ عَلَى الْمَذْهَبِ .

فصل

إِنْ اشْتَرَى بِمِثْلِيٍّ . . أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ ،

الطلب ، وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول . . لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن ، وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك . . أمهل ثلاثة أيام ، فإن انقضت ولم يحضره . . فسخ الحاكم تملكه ، وقيل : يبطل حقه .

قوله : (ولا يملك شقصاً لم يره الشفيع على المذهب) قال في « المحرر » : (وأظهر الطريقين : أن تملك الشفيع الشقص الذي لم يره على الخلاف في شراء الغائب . والثاني : المنع بكل حال)^(١) . أي : لأنه يأخذ من غير رضا المشتري ، فبين أن الأصح طريقة الخلاف ، وسلم من إيقاع الظاهر موضع المضمهر .

ولو قال « المنهاج » : (ولا يملك الشفيع شقصاً لم يره) . . لكان أحسن . فإن قلنا : بالمنع . . لم يملك قبل الرؤية ، وليس للمشتري منعه منها ، وإن صححنا . . فله التملك .

والأصح في « الروضة » : القطع بثبوت خيار الرؤية ، وعلى هذا : فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن وإقباض المبيع ، حتى يراه ؛ ليكون على ثقة^(٢) .

(فصل)

[في بيان الشقص الذي يؤخذ به ، والاختلاف في قدر الثمن ، وغير ذلك]
(إن اشترى بمثلي . . أخذه الشفيع بمثله) لأنه أقرب إلى العدل ، وإن كان

(١) المحرر (٧٢٩/٢) .

(٢) روضة الطالبين (١٧٠/٤) .

أَوْ بِمُتَّقَوْمٍ . . فَبِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ ، وَقِيلَ : يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الْخِيَارِ ، أَوْ بِمُؤَجَّلٍ . . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَجَّلَ وَيَأْخُذَ فِي الْحَالِ ، أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَحَلِّ وَيَأْخُذَ .

مئة رطل حنطة . . فالأصح : أنه يأخذه بمثله وزناً ، ولو كان المثل منقطعاً عند الأخذ . . عدل إلى القيمة .

قوله : (أَوْ بِمُتَّقَوْمٍ . . فَبِقِيَمَتِهِ) أي : بقيمة العوض ؛ لأنها مثل في المعنى (يوم البيع) أي : وقت البيع ؛ لأنه وقت استحقاق الشفعة (وقيل : يوم استقراره بانقطاع الخيار) كما يعتبر قدر الثمن حينئذ .

قوله : (أَوْ بِمُؤَجَّلٍ . . فَلَاظْهَرُ : أنه مخير بين أن يعجل ويأخذ في الحال ، أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَحَلِّ وَيَأْخُذَ) نص عليه في الجديد^(١) ، وروى الأكثرون عن القديم : أنه يأخذه بمؤجل عليه ؛ كما أخذه المشتري ، وخرج ابن سريج : أنه يأخذه بسلعة لو بيعت إلى ذلك الأجل . . لبيعت بذلك القدر ، وقال في « النهاية » : إنه أعدل^(٢) .

فعلى الجديد : لا يبطل حقه بالتأخير ؛ لأنه بعذر .

والأصح في « أصل الروضة » : أنه يجب إعلام المشتري بالطلب^(٣) ، والذي في « الشرحين » : الأشبه : عدم الوجوب^(٤) .

ولو حل الثمن على المشتري بمؤنة . . لم يتعجل الأخذ على الشفيع ، بل هو على خيرته ، ولو اختار الصبر ، ثم عَنَّ له أن يعجل الثمن ويأخذ . . قال في

(١) الأم (٥ / ٥) .

(٢) نهاية المطلب (٣٤٥ / ٧) .

(٣) روضة الطالبين (١٧٢ / ٤) .

(٤) الشرح الكبير (٥٠٩ / ٥) .

وَلَوْ بَيْعَ شِقْصٍ وَغَيْرُهُ . أَخَذَهُ بِحَصَّتِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرٍ مِثْلَهَا ، وَكَذَا عَوْضُ خُلْعٍ .

« المطلب » : الذي يظهر : أن له ذلك وجهاً واحداً .

قوله : (ولو بيع شقص وغيره . . أخذه بحصته من القيمة) يعني : إذا بيع ما فيه شفعة ، وما لا شفعة فيه أصلاً ولا تبعاً . فللشفيع أن يأخذ ما فيه الشفعة ؛ لعموم أدلة الشفعة ، ولا يأخذ ما لا شفعة فيه ، وإنما يأخذ بحصته من الثمن باعتبار قيمتهما يوم البيع ، فإذا قيل : قيمة الشقص مئة ، وقيمة المضموم إليه خمسون . . أخذ الشقص بثُلثي الثمن ، ولا خيار للمشتري وإن تفرقت صفقته ؛ لدخوله فيها عالمياً بالحال .

وقوله : (بحصته من القيمة) سبق قلم^(١) .

قوله : (ويؤخذ الممهور بمهر مثلها ، وكذا عوض الخلع) لأن البضع متقوم ، وقيمه مهر المثل سواء كان أقل من قيمة الشقص ، أم لا ، وقيل : يأخذ بقيمة الشقص .

وعلى الأول : يعتبر مهر مثلها يوم النكاح والخلع ، فلو أمهرها شقصاً غير معلوم . . كان لها صداق مثلها ولم يكن فيه شفعة ؛ لأنه مجهول ، قاله في « الأم »^(٢) ، حكاه الزركشي .

(١) قال في « تحرير الفتاوي » (٢٢٢/٢) : (صوابه : من الثمن باعتبار القيمة) ، وشرحه ابن حجر (١١٩/٦) بقوله : (« بحصته » أي : بقدرها « من » الثمن باعتبار « القيمة » بأن يوزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما وقت البيع ، ويأخذ الشقص بحصته من الثمن) ثم قال : (وما قرئت به كلامه هو مراده ؛ كما هو ظاهر ، وبه يندفع ما قيل : إن ذكر « القيمة » سبق قلم) .

(٢) الأم (٥/٥) .

وَلَوْ اشْتَرَى بِجُزَافٍ وَتَلَفَ . . امْتَنَعَ الْأَخْذُ ، فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا وَقَالَ
الْمُشْتَرِي : لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ . . حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ،

ويؤخذ الشقص الذي جعل متعة بمتعة مثلها ، والذي جعل أجرة بأجرة مثل العين المستأجرة ؛ لأنها قيمة المنفعة ، والذي صولح عليه عن الدم بقيمة الدية يوم الجناية ، والذي أخذ عن النجوم بمثل النجوم أو بقيمتها ، والمجعول رأس مال سلم بمثل المسلم فيه إن كان مثلياً ، وبقيمته إن كان متقوماً .

قوله : (ولو اشترى بجزافٍ) أي : من موزون أو مكيل أو مزروع (وتلف . . امتنع الأخذ) لأن شرط الأخذ العلم بالثمن ولم يُوجَدْ ، ولو كان غائباً . . لم يكلف البائع إحضاره ، ولا الإخبار عن قدره ، كذا قاله الرافعي^(١) .

ومقتضاه : امتناع الأخذ أيضاً ؛ فكان الأولى أن يقول : (بجزافٍ ليس بحاضرٍ) .

وفي معنى الجزاف : ما لو كان الثمن عوضاً معيناً لا يضبط بالصفة ولا يصح السلم فيه ؛ كالجواهر ، قاله الزركشي .

قوله : (فإن عين الشفيع قدراً ، وقال المشتري : لم يكن معلوم القدر . . حلف على نفي العلم) أي : بذلك القدر المدعى به ؛ لأن الأصل عدم علمه به ، ولا يحلف : أنه اشتراه بثمن مجهول ؛ لأنه قد يعلمه بعد الشراء .

وقال ابن سريج : لا يُقْنَعُ منه بذلك ولا يحلف عليه ، بل إن أصر^(٢) . . جعل ناكلاً ، وردت اليمين على الشفيع ، فيحلف ويأخذه ، والمنصوص الذي

(١) الشرح الكبير (٥١٦/٥) .

(٢) وفي هامش (ب) نسخة : (بل يحلف على البت ، فإن أصر) .

وَإِنْ ادَّعَى عِلْمَهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْرًا . . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي الْأَصَحِّ .
وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقًّا ؛ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا . . بَطَلَ الْبَيْعُ وَالشُّفْعَةُ ،

عليه الجمهور : الأول ، ولو قال المشتري : نَسِيتُ الثمن . . فهو على هذا الخلاف .

وقال الزركشي : علم من قوله : (عين) أنه لو جهل الشفيع ، فلم يعين هو ولا المشتري . . بطلت الشفعة .

قوله : (وإن ادعى علمه) أي : علم المشتري (ولم يعين قدراً . . لم تسمع دعواه في الأصح) أي : حتى يعين قدراً فيحلف المشتري عليه حينئذ أنه لا يعرفه ؛ لأنه لم يدع حقاً له .

والثاني : يسمع ، وجزم به الماوردي^(١) ، ونقله المتولي عن الأصحاب ، ولم يحك الرافعي الأول في « الشرح » إلا عن البغوي^(٢) .

وهذا هو الخلاف في الدعوى بما ليس بحق ، لكنه ينفع في الحق ، والراجح : السماع . قاله الزركشي .

فعلى الأول طريق الشفيع : أن يعين قدراً ، فإن ساعده المشتري . . فذاك ، وإن أنكر . . حلفه على نفيه ، فإن نكل . . حلف على ما عينه ، وإن حلف المشتري . . زاد ، وادعى ثانياً ، وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري ، فيستدل الشفيع بنكوله على أنه كذلك ، ويحلف ؛ لأن اليمين يجوز استنادها للظن .

وعلى الثاني : يحلف المشتري ، فإن نكل . . حلف الشفيع على علم المشتري ، وحسب المشتري حتى يُبَيَّنْ قدره .

قوله : (وإذا ظهر الثمن مستحقاً ؛ فإن كان معيناً . . بطل البيع والشفعة)

(١) الحاوي الكبير (٢١ / ٩) .

(٢) الشرح الكبير (٥١٦ / ٥) .

وَالْأَ . . أَبْدِلَ وَبَقِيَ .

وَأِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحَقًّا . . لَمْ تَبْطُلْ شُفَعَتُهُ إِنْ جَهِلَ ،

أي : سواء كان عرضاً أم نقداً ؛ لأن النقد عندنا يتعين بالتعيين ، وكذا إن لم يظهر مستحقاً ، ولكن تلف في يد المشتري قبل القبض ، قال القاضي حسين : على الأصح ، وبناء المتولي على : أنه هل يرتفع من أصله ، أو من حينه ؟ قال ابن الرفعة : وهذا البناء يقتضي : أن الأصح ؛ ثبوت الشفعة .

ولو ظهر بعضه مستحقاً . . بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي قولاً التفريق ، فإن فرقنا وأجاز المشتري . . فللشفيع الأخذ ، وإن اختار الفسخ وأراد الشفيع الأخذ . . ففيه الخلاف فيما إذا أصدقها شقصاً ، ثم طلقها قبل الدخول .

قوله : (وإلا . . أبدل وبقي) أي : إن كان في الذمة . . لزم المشتري إبداله وبقي البيع والشفعة ؛ إذ لا خلل فيهما ، وللبائع استرداد الشقص وجنسه إلى أن يقبض الثمن .

وخروج الدنانير نحاساً كخروجها مستحقة ، ولو خرج الثمن رديئاً ورضي به البائع . . لم يلزم المشتري الرضا بمثله ، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ، نقله الرافعي عن « التهذيب »^(١) .

قوله : (وإن دفع الشفيع مستحقاً . . لم تبطل شفعته إن جهل) أي : استحقاق المدفوع قطعاً ؛ إذ لا تقصير منه وإن قلنا : الشفعة على الفور ؛ لأنه معذور .

(١) الشرح الكبير (٥١٨/٥) ، التهذيب (٣٥٤/٤) .

وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الْأَصَحِّ .

وَتَصَرَّفُ الْمُشْتَرِي فِي الشَّقْصِ ؛ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ . . . صَحِيحٌ .

قوله : (وكذا إن علم في الأصح) لأنه لم يقصر في الطلب ، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل استحقاقه .

والثاني : تبطل ؛ لأنه أخذه بما لا يجوز الأخذ به ، فكأنه ترك الشفعة مع القدرة عليها .

وظاهر عبارة الكتاب : أنه لا فرق في جريان الوجهين بين أن يكون الثمن معيناً ؛ بأن يقول : تملك الشقص بهذه الدنانير ، أو غير معين ؛ بأن يقول : ملكته بعشرة دنانير ، وقال به بعضهم ، وصحح المصنف تبعاً لأبي حامد وآخرين : أن الخلاف في المعين ، فإن كان في الذمة . . لم تبطل قطعاً ، وإذا قلنا : لا تبطل شفعته عالماً كان أو جاهلاً . . فهل يتبين : أنه لم يملك بأداء الثمن المستحق ، ويفتقر إلى تملك جديد ، أو نقول : ملكه والثلث دين عليه ؟ وجهان ، قال الغزالي : أصحهما : الثاني^(١) . قال الرافعي : وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور لاسيما في حالة العلم^(٢) . قال الإسنوي : وتظهر فائدتهم في الفوائد ؛ كالأجرة وثمره النخل .

قوله : (وتصرف المشتري في الشقص ؛ كبيع ووقف وإجارة . . صحيح) لأنه تصرف في ملكه ، وحق الشفع لا يمنع ؛ كما أن حق الواهب في الرجوع لا يمنع تصرف المتهب ، وعن ابن سريج : أنه باطل ؛ كالمرهون والجاني .

(١) روضة الطالبين (١٧٦/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٥١٨/٥) .

وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ كَالْوَقْفِ ، وَأَخْذُهُ ، وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ ؛ كَبَيْعِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي ، أَوْ يَنْقُضَهُ وَيَأْخُذَ بِالْأَوَّلِ .
وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ . . . صُدَّقَ الْمُشْتَرِي ، . . .

وحكى ابن القطان في الوقف أوجهاً ؛ ثالثها : أنه موقوف ، فإن جاء الشفيع وطالب . . بطل الوقف ، وإن عفا . . صح الوقف . قال الزركشي : ولا شك في جريانه في سائر التصرفات .

قوله : (وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه) أي : ما لا يستحق به الشفعة لو وجد ابتداء (كالوقف ، وأخذه) لأن حقه ثابت بأصل العقد ؛ فلا يتمكن المشتري من إبطاله .

قوله : (ويتخير فيما فيه شفعة ؛ كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني ، أو ينقضه ويأخذ بالأول) لأن كلاً منهما صحيح ، وربما كان الثمن في أحدهما أقل ، أو من جنس هو عليه أيسر .

وقيل : إن تصرف المشتري لا ينقض مطلقاً ، ولكن يتجدد له حق الشفعة إن كان التصرف الثاني مما يثبتها ؛ كالبيع ، وقيل : ليس له نقضه ، وتبطل شفعته ، وقيل : ينقض ما عدا الوقف .

قوله : (ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن . . صدق المشتري) أي : يمينه ؛ لأنه أعلم بالعقد الذي باشره من الشفيع ، والأصل بقاء ملكه ، وكذا لو اشترى بعوض ، واختلفا في قيمته ؛ فإن نكل المشتري . . حلف الشفيع ، وأخذ بما حلف عليه ، وإن كان بينة . . قضى بها ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ، وقيل : تقبل .

فرع : اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن ، فإن ثبت قول المشتري . .

وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ الشَّرَاءَ ، أَوْ كَوَّنَ الطَّالِبُ شَرِيكاً ؛ فَإِنْ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ بِالْبَيْعِ . .
فَالْأَصَحُّ : ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ ،

فذاك ، وإن ثبت قول البائع . . لزم المشتري ما ادعاه البائع ، وأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري ، وتقبل شهادة الشفيع للبائع ، ولا تقبل للمشتري .

وإن لم تكن بينة وتحالفا وفسخ العقد ؛ فإن كان قبل الأخذ . . ففي سقوط حقه الخلاف في خروجه معيياً .

قوله : (وكذا لو أنكر الشراء ، أو كون الطالب شريكاً) صورة الأولى : أن يجد الشقص في يد شخص والشريك غائب ، فإن اقتصر في الجواب على قوله : لا يستحق علي الشفعة . . حلف عليه ، وإن قال : ما اشتريت بل ورثت ، أو اتهمت . . فقول : يحلف أنه لا يستحق عليه الشفعة ، وقيل : يحلف على وفق ما أنكر ، ولو نكل . . حلف المدعي ، واستحق الشقص ، وفي الثمن الخلاف فيمن أقر لشخص بشيء وهو ينكره .

والأصح : تمكين المدعي من الأخذ قبل اعتراف الغائب ؛ لتصادقهما ، ويكتب القاضي : أنه أثبت الشفعة بإقرارهما والغائب على حجته .

وأما في الثانية . . فيحلف على نفي العلم بشركته ، وإذا حلف . . احتاج الطالب إلى البينة على التركة ، ويكفي شاهد وامرأتان أو ويمين ، فإن نكل . . حلف الطالب على البت ، وأخذ بالشفعة ، وكذا لو أنكر تقدم ملك الطالب على ملكه .

قوله : (فإن اعترف الشريك بالبيع . . فالأصح : ثبوت الشفعة) لأن إقراره يتضمن إثبات حق للمشتري وحق للشفيع ، فلا يبطل حق الشفيع بإنكار المشتري ، والثاني : لا يثبت ؛ لأن الشفيع فرع المشتري ولم يثبت ملكه .

وَيُسَلِّمُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ أَمْ يَأْخُذُهُ الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي الْإِقْرَارِ نَظِيرُهُ .
وَلَوْ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ . . أَخَذُوا عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ ،

قوله : (ويسلم الثمن إلى البائع إن لم يعترف بقبضه) أي : إذا ثبتت الشفعة ولم يعترف البائع بقبض الثمن . . فلا خلاف أن الثمن يسلم إليه ، وفي كيفية تسليمه وجهان ؛ أصحهما : أن الشفيع يسلمه بنفسه إليه ، ويقبضه منه ، ويملكه بغير حاكم ، وقيل : ينصب القاضي أميناً ليقبض الثمن من الشفيع ، ويدفعه إلى البائع ، ويقبض الشقص من البائع للمشتري ، ويدفعه إلى الشفيع .

قوله : (وإن اعترف) أي : البائع بقبضه (. . فهل يترك في يد الشفيع ، أم يأخذه القاضي ويحفظه ؟ فيه خلاف سبق في « الإقرار » نظيره^(١)) والأصح : هو الترك في يده ، وقيل : يُجبر المشتري على قبوله ، أو الإبراء عنه .

وكان ينبغي أن يقول : (في ذمة الشفيع) ؛ فإنه لا يتعين إلا قبض وهو لم يقبض ، وبه عبر الماوردي^(٢) وغيره ، قاله الزركشي^(٣) .

وقوله : (أم يأخذه) الصواب : (أو) لأن (أم) تكون بعد الهمزة ، و(أو) بعد (هل)^(٤) .

قوله : (ولو استحق الشفعة جمع . . أخذوا على قدر الحصص) صححه أكثر الأصحاب ؛ لأن الأخذ يستحق بالملك ، فقسّط على قدر الملك ؛

(١) أي : في أوائل (الإقرار) .

(٢) الحاوي الكبير (٦٦/٩) .

(٣) اعترض ابن حجر على اعتراض الزركشي هذا . راجعه في « تحفة المحتاج » (١٣٦/٦) .

(٤) وهذا أغلبي لا كلي . . . فالتعبير بالصواب غير صواب . تحفة المحتاج (١٢٦/٦) .

وَفِي قَوْلٍ : عَلَى الرَّؤُوسِ .

وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيهَا لِآخَرَ . فَالْشُّفْعَةُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ عَفَا عَنِ النِّصْفِ الْأَوَّلِ . . . شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي ،

كالأجرة والثمرة (وفي قول : على الرؤوس) نص على القولين في « الأم » ، وقال في الثاني : وبهذا القول أقول^(١) .

قال السبكي : وهو المختار ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أناطها باسم الشركة^(٢) ، وهو في الجميع سواء .

فرع : إذا مات الشفيع . . انتقل حقه إلى الورثة ، والمذهب : أنه على قدر الإرث ، وقيل : بالسوية قطعاً ، وقيل : على القولين .

قوله : (ولو باع أحد الشريكين^(٣) نصف حصته لرجل ، ثم باقياها لآخر) أي : قبل أخذ الشريك ما بيع أولاً (. . فالشفعة في النصف الأول للشريك القديم) أي : إذا كان البيعان على الترتيب ، وأشار إليه بـ (ثم) فإن وقعا معاً . . فالشفعة فيهما للأول خاصة .

قوله : (والأصح : أنه إن عفا عن النصف الأول . . شاركه المشتري الأول في النصف الثاني) يعني : أن الشريك القديم إذا لم يأخذ النصف الأول ، وأراد أخذ الثاني . . شاركه فيه المشتري الأول ؛ لأن ملكه استقر بعدم أخذ الشريك القديم .

(١) الأم (٦/٥) .

(٢) أي : في حديث جابر رضي الله عنه السابق في أول (كتاب الشفعة) : (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم . . .) . أخرجه مسلم (١٦٠٨ / ١٣٤) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (أحد شريكين) .

وَالْأَصَحُّ . فَلَا .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ . . سَقَطَ حَقُّهُ ، وَيُخَيَّرُ الْآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى حِصَّتِهِ ، وَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ . . سَقَطَ كُلُّهُ .

قوله : (وإلا . . فلا) أي : وإن لم يعف القديم عن النصف الذي اشتراه الأول ، بل أخذه . . لم يشاركه الأول ؛ لزوال ملكه .

وقيل : لا شفعة للمشتري الأول في النصف الثاني وإن لم يأخذ الشريك القديم النصف الأول ، وقطع بعضهم بالأول .

قوله : (والأصح : أنه لو عفا أحد شفيعين . . سقط حقه) قياساً على سائر الحقوق .

قوله : (ويخير الآخر بين أخذ الجميع وتركه ، وليس له الاقتصار على حصته) لأن أخذ البعض إضرار بالمشتري .

والثاني : يسقط حقهما معاً ؛ كالقصاص .

والثالث : لا يسقط حق واحدٍ منهما ؛ تغليباً للثبوت .

قال السبكي : وتعليلهم لهذه الأوجه يقتضي القطع : بأن حق الشفعة ثابت لكل منهما على الكمال ، وإنما تزاحموا فيه ، وبغفوا أحدهما زال التزاحم .

قوله : (وأن الواحد إذا أسقط بعض حقه . . سقط كله) لأن تبعض الصفقة فيه إضرار ، فإذا أسقط بعضه . . سقط كله ؛ كالقصاص إذا عفا المستحق عن بعضه .

والثاني : لا يسقط شيء ؛ قياساً على ما لو عفا عن بعض حد القذف .

وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ .. فَلَهُ أَخْذُ الْجَمِيعِ فِي الْحَالِ ، فَإِذَا حَضَرَ
الْغَائِبُ .. شَارَكَهُ ،
.....

والثالث : يسقط ما أسقطه ، ويبقى الباقي ؛ لأنه حق مالي قابل
للاقتسام .

قال الإمام : وهذه الأوجه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور ، فإن حكمنا
به .. فطريقان ، قيل : يسقط قطعاً ؛ لأن العفو عن البعض تأخير لطلب
الباقي ، وقيل : يحتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي ، وأجرى الخلاف^(١) ،
وهي مقتضى كلام المصنف^(٢) .

وقال في « المطلب » : إنها الأشبه ، وإنه إذا طلب الكل واستمهل
لتحصيل الثمن .. أمهل .

ولو ثبتت الشفعة لواحد ، فمات عن ابنين ، فعفا أحدهما .. فالأصح : أنه
كثبوتها لاثنين عفا أحدهما .

قوله : (ولو حضر أحد شفيعين .. فله أخذ الجميع في الحال ، فإذا حضر
الغائب .. شاركه) اتفق الأصحاب عليه ، وهو يدل لثبوت الحق لكل منهما
على الكمال قطعاً .

والمراد : المشاركة في ملك الشقص ، لا في ريعه على الأصح ، قاله
الزركشي .

ولو أراد أن يأخذ حصته فقط ؛ فإن لم يوافق المشتري .. فليس له ذلك
قطعاً ، وإن وافقه .. قال ابن الرفعة : يظهر أن يأتي فيه وجهان ، والمفهوم من
كلامهم : المنع .

(١) نهاية المطلب (٣٥٩/٧ - ٣٦٠) .

(٢) روضة الطالبين (١٨٤/٤) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الْأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ .
 وَلَوْ اشْتَرَى شَقْصاً . . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا .
 وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ . . فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ .
 وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ .

قوله : (والأصح : أن له تأخير الأخذ إلى قدوم الغائب) لأن له غرضاً
 ظاهراً في ألا يأخذ ما يؤخذ منه .

والثاني : لا ؛ لتمكنه من الأخذ .

فلو كانوا ثلاثة ، فأخذ الحاضر الجميع ، ثم حضر أحدهما . . فيأخذ منه
 النصف بنصف الثمن ، وإذا حضر الثالث . . فله أن يأخذ من كل واحدٍ ثلث
 ما في يده .

قوله : (ولو اشترى شقصاً . . فللشفيع أخذ نصيبهما ونصيب أحدهما)
 أي : قطعاً ؛ لأنه لا تفريق عليه سواء أقلنا : الصفقة متعددة - وهو الأصح - أم
 متحدة ؛ نظراً إلى المعنى .

قوله : (ولو اشترى واحد من اثنين . . فله أخذ حصة أحد البائعين في
 الأصح) لتعدد الصفقة بتعدد البائع .

والثاني : لا ؛ لأن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة في الصورة ؛ فلا
 يفرق عليه .

ولو باع اثنان نصيبهما لاثنتين بعقدٍ واحدٍ . . فهو كأربعة عقود على الأصح :
 أن تعدد البائع كتعدد المشتري ، فللشفيع أن يأخذ ما شاء .

قوله : (والأظهر : أن الشفعة على الفور) لما روي : أنه صلى الله عليه

وسلم قال : « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعَقَالِ » . رواه ابن ماجه بسندٍ ضعيف^(١) ، أي : إنها تفوت عند عدم المبادرة ، ولأنه خيار ثبت لدفع الضرر ، فكان على الفور ؛ كالرد بالعيب .

والمراد بالفور : طلبها لا تملكها ، قاله ابن الرفعة^(٢) .

قال الزركشي تبعاً لصاحب « البيان »^(٣) وغيره : وظنّ الاتفاق فيه ، وليس كذلك ؛ ففي « إشراف الهروي » : إظهار الطلب على الفور ، ويجوز تأخير التملك إلى الرفع إلى القاضي ، والثاني : أن التملك على الفور ، فيشترط إذا علم بالثمن أن يقول : تملك وتشهد عليه . انتهى

والثاني : أنها إلى ثلاثة أيام ، نصّ عليه في « سنن حرمله » .

وعن القديم : إلى التصريح بالإسقاط ، ويعبر عنه : بأنه على التأبيد ، واختاره السبكي .

قال : وكل هذا إذا علم الشفيع بالبيع ، وإن لم يعلم حتى مضى سنون . . فهو على شفيعته قطعاً .

وقال صاحب « الكافي » : إنما يكون على الفور بعد علمه بالشراء وبالمشتري وبقدر الثمن ، وإن لم يعلم شيئاً من هذا حتى مضى سنون . . لا يبطل حقه ، حكاه الزركشي .

(١) سنن ابن ماجه (٢٥٠٠) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وراجع « التلخيص الحبير » (١٣٨-١٣٧/٣) .

(٢) كفاية النبيه (٢٧/١١) .

(٣) البيان (١٣٢-١٣١/٧) .

فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ . . فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ فَإِنْ كَانَ مَرِيضاً أَوْ غَائِباً عَنْ
بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفاً مِنْ عَدُوٍّ . . فَلْيُوكِّلْ إِنْ قَدَرَ ، وَإِلَّا . . فَلْيُشْهَدْ عَلَى
الطَّلَبِ ، فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا . . بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْأَظْهَرِ .

قال السبكي : ولا خلاف أنه يسقط بصريح العفو ، لكن هل له أن يعود إلى
الطلب ما دام في مجلس العفو ؟ وجهان ؛ أحدهما : نعم ، وهو المنصوص .
قوله : (فإذا علم الشفيع بالبيع . . فليبادر على العادة) أي : لا يكلف
العدو ونحوه ، بل ما عُدَّ تقصيراً وتوانياً في الطلب . . يسقط الشفعة ،
وما لا . . فلا .

قوله : (فإن كان مريضاً أو غائباً عن بلد المشتري ، أو خائفاً من عدو . .
فليوكل إن قدر ، وإلا . . فليشهد على الطلب ، فإن ترك المقدور عليه منهما . .
بطل حقه في الأظهر) .

اعلم : أن المعذور بمرضٍ ، أو غيبة ، أو حبس ظلماً ، أو بدين وهو
معسر وعاجز عن البيئة بإعساره . . يجب عليه التوكيل إن قدر ، فإن لم يفعل . .
فالأصح : بطلان حقه ، وإذا عجز عن التوكيل . . فليشهد على الطلب ، فإن
لم يشهد . . فقولان ؛ أظهرهما : يبطل حقه ؛ لأنه مشعر بالترك ، والثاني :
لا يبطل ؛ لأن الإشهاد إنما يكون لإثبات الطلب عند الحاجة .

فلو كان الطريق مخوفاً . . جاز التأخير إلى أن يجد رفقة معتمدين يصحبهم
هو أو وكيله ، ويجب الإشهاد على الأظهر .

وأفهم كلامه : أن الإشهاد لا يجب عند خروجه للطلب غائباً كان أو
حاضراً ، وهو الأصح .

تنبيه : قول المصنف : (فإن ترك المقدور عليه منهما) أي : كل واحد في

وَلَوْ كَانَ فِي صَلَاةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ . . فَلَهُ الْإِتِمَامُ .
وَلَوْ آخَرَ وَقَالَ : لَمْ أَصَدِّقِ الْمُخْبِرَ . . لَمْ يُعْذَرَ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ

محله ، فيوكل عند القدرة عليه سواء أقدر على الإشهاد أم لا ، ويشهد إن عجز
عن التوكيل كما دل عليه صدر كلامه .

وكان الأقرب : أن يعبر بـ (الأصح) فإن الخلاف في الأولى أوجه ، وفي
الثانية قال في « الروضة » : الأصح أو الأظهر^(١) ، وجزم السبكي بأنهما قولان
منصوصان .

وقال في « التحرير » : مقتضى عبارة « الحاوي » جواز التوكيل مع
القدرة ، وأنه لا يختص بحالة المرض ونحوها ، قال : ولعل تقييدهم بالعجز
والمرض ونحوه ؛ لأن التوكيل حينئذ يتعين طريقاً ، لا لأنه يمتنع مع القدرة
على الطلب بنفسه^(٢) .

فرع : إذا ألزمناه الإشهاد ، فلم يقدر عليه . . فهل يؤمر أن يقول : تملك
الشقص ؟ وجهان .

قوله : (ولو^(٣) كان في صلاة ، أو حمام ، أو طعام . . فله الإتمام) أي :
ولا يكلف قطعها على خلاف العادة على الأصح ، وعلى هذا : لو دخل وقت
الأكل ، أو الصلاة ، أو قضاء الحاجة . . جاز له أن يقدمها ، فإذا فرغ . . طلب
الشفعة ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة .

قوله : (ولو آخر ، وقال : لم أصدق المخبر . . لم يعذر إن أخبره عدلان)

(١) روضة الطالبين (١٨٩/٤) .

(٢) تحرير الفتاوي (٢٢٩/٢ - ٢٣٠) .

(٣) قول المتن : (ولو) كذا بالواو في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح
المطبوعة : (فلو) بالفاء ، إلا في « تحفة المحتاج » (١٣٣/٦) ففيه : (فإذا) .

وَكَذَا ثِقَةً فِي الْأَصَحِّ ، وَيُعْذَرُ إِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبْرُهُ .
وَلَوْ أَخْبَرَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ ، فَبَانَ بِخَمْسٍ مِثَّةً . . بَقِيَ حَقُّهُ ، وَإِنْ بَانَ
بِأَكْثَرٍ . . بَطَلَ .

لأن ذلك يثبت بشهادتهما ، والرجل والمرأتان كالعديلين .
فلو قال : جهلت ثبوت عدالتهما ، وكان مثل ذلك يجوز أن يخفى عليه . .
لم يبعد قبول قوله ، قاله في « المطلب » .
ولو قال : لم أعلم أن لي الشفعة ، أو : كونها على الفور ، وهو ممن
يخفى عليه . . صدق .
ولو اعتذر بمرض ، أو حبس ، أو غيبة ، وأنكر المشتري ؛ فإن علم
العارض الذي يدعيه . . صدق ؛ أي : الشفيع ، وإلا . . فالمشتري .
قال الإسنوي : كذا قاله الرافعي ، ورأيت في « الأم » : أن القول قول
الشفيع ، ولم يفصل .
قوله : (وكذا ثقة في الأصح) أي : حراً كان أو عبداً أو امرأة ؛ لأنه
إخبار ، والثاني : يعذر ؛ لأن الحجة لا تقوم به .
قوله : (ويعذر إن أخبره من لا يقبل خبره) أي : ممن لا يوثق به ، وهو
الكافر والفاسق والصبي والمغفل ، وفي الصبي وجه .
وإذا بلغ عدد المخبرين حداً لا يحتمل التواطؤ على الكذب ، وآخر . . بطل
حقه وإن كانوا فساقاً .
قوله : (ولو أخبر بالبيع بألف فترك ، فبان بخمس مئة . . بقي حقه) لأنه
لا يرغب بألف ، ويرغب بخمس مئة .

قوله : (وإن بان بأكثر) أي : بأكثر من ألف (. . بطل) لأن من لم يرغب

وَلَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرِي فُسِّلَ عَلَيْهِ ، أَوْ قَالَ : بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَتِكَ . . لَمْ يَبْطُلْ ، وَفِي الدُّعَاءِ وَجْهٌ .

وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلًا بِالشُّفْعَةِ . . فَلَا أَصَحَّ : بَطْلَانُهَا .

بألف . . فبأكثر أولى ألا يرغب .

ولو بلغه البيع من زيد فبان من عمرو ، أو بجنس من الثمن فبان بغيره ، أو أن الشريك باع كل نصيبه فبان بعضه ، أو بالعكس ، فعفا . . لم يبطل حقه .

قوله : (ولو لقي المشتري فسلم عليه ، أو قال : بارك الله لك في صفقتك . . لم يبطل) لأن السنة السلام قبل الكلام ، ولأنه قد يدعو ؛ ليأخذ صفقة مباركة .

قوله : (وفي الدعاء وجه) لأنه يشعر بتقرير الشقص في يده ، فلا ينتظم الطلب بعده ، ومحله فيما إذا قال : بارك الله لك فيه .

ولو قال : اشتريت رخيصاً . . بطلت شفعتة قطعاً ، وكذا لو قال : بعني ، أو استوهبه ، ولو قال : بكم اشتريت . . لم يبطل في الأصح .

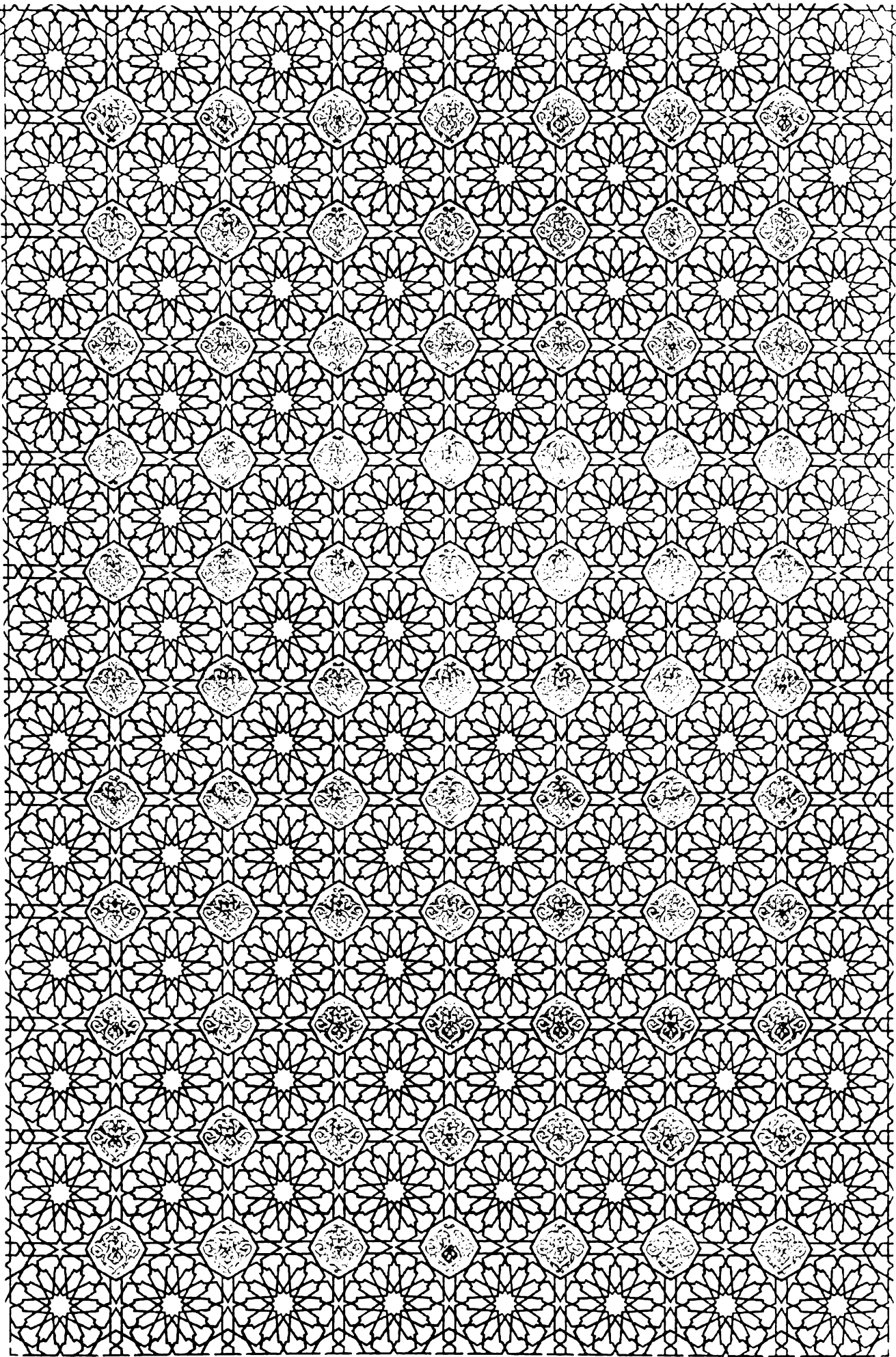
قوله : (ولو باع الشفيع حصته جاهلاً بالشفعة . . فالأصح : بطلانها) لزوال سبب الشفعة وهو الملك .

والثاني : لا ؛ لأن سببها الشركة حال البيع فلا يضر زوالها .

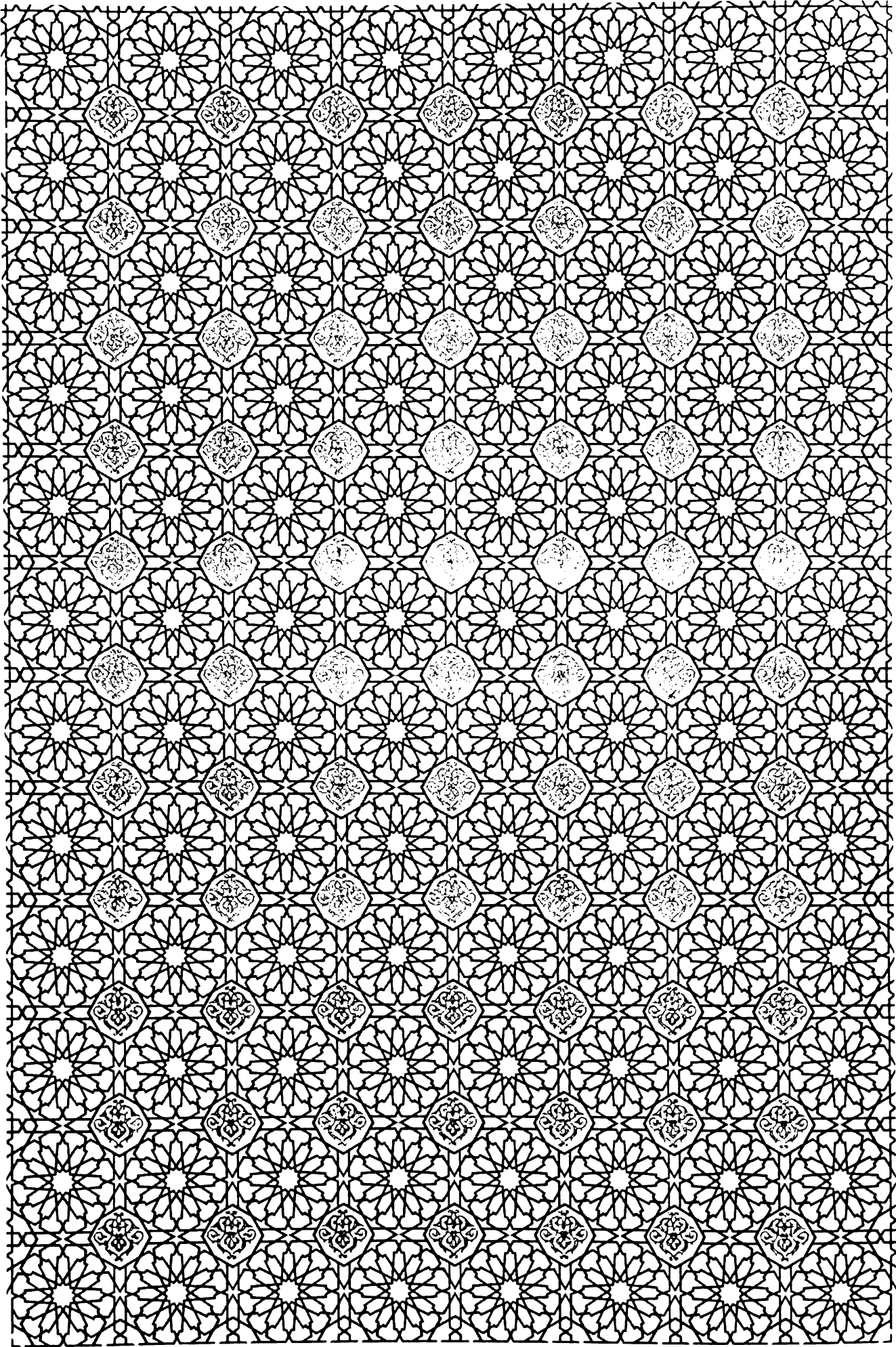
واحترز بقوله : (جاهلاً) : عما لو باعها عالماً . . فإن شفعتة تبطل قطعاً ، ولو باع بعضها عالماً . . بطلت على الأظهر ، فإن كان جاهلاً . . فالأصح من « زوائده » : أنها لا تبطل^(١) .

ولا فرق بين البيع والهبة وغيرهما مما يزيل الملك ، والله سبحانه أعلم .

* * *



كتاب القراض



كِتَابُ الْقِرَاضِ

الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ : أَنْ تَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالاً لِيَتَّجَرَ فِيهِ وَالرَّابِحُ مُشْتَرِكٌ .
وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ : كَوْنُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ،
.....

(كتاب القراض)^(١)

(القراض والمضاربة : أن تدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك) .
القراض لغة الحجازيين ، مشتق من القرض ، وهو : القطع ؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله .
والمضاربة لغة العراقيين ، من الضرب في الأرض ، وهو : قطعها بالسفر .

والأصل في الباب : الإجماع ، وبعضهم قاسه على المساقاة .
واحترز بقوله : (والربح مشترك) : عن الوكيل والعبد المأذون .
وقوله : (أن تدفع) قال السبكي : قد يقال القراض : العقد المقتضي للدفع ، لا نفس الدفع .

وقوله : (ليتجر فيه) خرج به عمل غير التجارة ؛ كالعارية والوديعة .
والتعريف غير مانع ؛ لإطلاقه المال ، ولو قال : (نقداً) لسلم .
قوله : (ويشترط لصحته : كون المال دراهم أو دنانير) .
أركان القراض خمسة ، الأول : رأس المال ، وله شروط أربعة : أن يكون نقداً معلوماً معيناً مسلماً إلى العامل .

(١) وفي (أ) : (قوله : « كتاب القراض ») .

فَلَا يَجُوزُ عَلَى تَبْرِ وَحَلِيٍّ وَمَغْشُوشٍ وَعُرُوضٍ .

وَمَعْلُومًا مُعَيَّنًا ،

فقوله : (دراهم أو دنانير) أي : لا يكون من غيرهما ، ويجوز أن يكون دراهم ودنانير معاً .

ودليل صحته عليهما : الإجماع ، احتج به الشيخ أبو محمد ، ونقل ابن المنذر عن الأوزاعي وطاوس وغيرهما : القراض على العروض^(١) ، وقيل : إنه إجماع الصحابة ، قاله الزركشي .

قوله : (فلا يجوز على تبر وحلي ومغشوش وعروض) لأن التبر والحلي مختلفا القيمة كالعروض ، والمغشوش نقد وعرض ، والقراض رخصة جواز للحاجة فتختص بما تسهل التجارة عليه ويروج غالباً وهو الأثمان ، وقيل : يجوز على المغشوش الذي يروج رواج الخالص ، وقواه السبكي ، وقيل : يجوز على المغشوش والفلوس ، وقيل : على كل مثلي .

قوله : (ومعلوماً) أي : قدراً وصفة ، فلا يجوز على كيس من الدراهم مجهول الوزن أو الصفة ؛ لأن في الجهل برأس المال جهلاً بالربح .

قوله : (معيناً) أي : فلا يصح أن يقارضه على دين له في ذمة الغير ، ولا أن يقارض صاحب الدين المديون باتفاق الأصحاب .

والأصح : أنه لا يصح أن يقارضه على إحدى الصُّرَّتَيْنِ ؛ للإبهام .

وأفهم إطلاقه : أنه لو قارضه على ألف في الذمة ، ثم عينها في المجلس . . لا يصح ، وهو ما قطع به البغوي^(٢) ، وقطع القاضي والإمام

(١) الأوسط (٥٦٦/١٠) .

(٢) التهذيب (٣٧٨/٤) .

وَقِيلَ : يَجُوزُ عَلَى إِحْدَى الصَّرَتَيْنِ .

وَمُسْلَمًا إِلَى الْعَامِلِ ، فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ الْمَالِ فِي يَدِ الْمَالِكِ ، ...

بالصحة^(١) ، وصححه في « الشرح الصغير » ، قاله الإسني^(٢) .

وأطلق الماوردي : أنه لا يجوز القراض على مالٍ غائب وجعله علةً للمنع على القراض في الدين^(٣) ، حكاه الزركشي .

قوله : (وقيل : يجوز على إحدى الصرتين) صَوَّرَهَا الرَّافِعِيُّ بِمَا إِذَا دَفَعَهُمَا إِلَيْهِ وَكَانَ مَا فِيهِمَا مَعْلُومَ الْقَدَرِ مَتَسَاوِيًا^(٤) ، ويفهم منه الاشتراط ؛ لِيَتِمَّكَنَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي إِحْدَاهُمَا عَقِبَ الْعَقْدِ .

فرع : لو قارض المودع أو غيره على الوديعة . . صح إذا كان قد رآه ، ولو قارض الغاصب على المغصوب . . صح في الأصح ، وفي البراءة عن ضمان الغصب وجهان .

قوله : (ومسلماً إلى العامل) قال السبكي : ليس المقصود اشتراط تسليمه حالة العقد أو في المجلس ، بل ألا يشترط عدم تسليمه ؛ كما يشير إليه قوله : (فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك) أي : ولا وكيله ؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة ، وحكى الماوردي وجهاً^(٥) في شرط يده أو يد وكيله ؛ لأنه أطلق تصرفه وإنما استوثق في حفظ المال^(٦) ، حكاه الزركشي .

(١) نهاية المطلب (٤٤٩/٧) .

(٢) المهمات (١٠٠/٦) .

(٣) الحاوي الكبير (٧٨-٧٧/٩) .

(٤) الشرح الكبير (١٧/٦) .

(٥) أي : أنه يصح .

(٦) الحاوي الكبير (٨١/٩) .

وَلَا عَمَلِهِ مَعَهُ ، وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ الْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ .
وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التَّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا ؛ كَنْشَرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا ، فَلَوْ قَارَضَهُ
لِشْتَرِي حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ ، أَوْ غَزَلَ فَيَنْسُجَهُ وَيَبِيعَهُ . . فَسَدَ الْقَرَاضُ ،

وقال : كان ينبغي للمصنف أن يقول : وأن يستقلّ بالتصرف ، فلا يجوز
شرط عمله معه ؛ لأنه شرط آخر غير التسليم .

قوله : (ولا عمله معه) يعني : أنه لا بد من استقلال العامل بالتصرف ؛
لأن انقسامه يفضي إلى انقسام اليد ويبطل الاستقلال ، ولو شرط أن يراجعه أو
يراجع مشرفاً عليه . . لم يصح أيضاً .

قوله : (ويجوز شرط عمل غلام المالك معه على الصحيح) أي :
المنصوص ؛ كالمساقاة ، ولأنه إعانة للعامل .

والمراد : عبده ، وعلى هذا لا بد من معرفته بالرؤية أو الوصف .

والثاني : لا ، وصححه جماعة ؛ لأن يد العبد كيد سيده .

ومحل الخلاف : إذا لم يشترط مراجعة الغلام في التصرف ، فإن شرط . .
فسد قطعاً ، قاله في « الروضة »^(١) تبعاً « للسيط » ، قال ابن الرفعة : ويجيء
الوجه السابق^(٢) عن « الحاوي »^(٣) ، حكاه الزركشي .

قوله : (ووظيفة العامل التجارة وتوابعها ؛ كنشر الثياب وطيبها ، فلو
قارضه ليشترى حنطة فيطحن ويخبز ، أو غزلاً فينسجه^(٤) ويبيعه . . فسد
القراض) .

(١) روضة الطالبين (٤ / ١٩٩ - ٢٠٠) .

(٢) أي : السابق آنفاً في شرح قول المتن : (فلا يجوز شرط كون المال . .) إلخ .

(٣) راجع « الحاوي الكبير » (٩ / ٨١) ، و « كفاية النبيه » (١١ / ١١٨) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (ينسجه) .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وَجُودُهُ ، أَوْ مُعَامَلَةً شَخْصٍ .

الركن الثاني : العمل ، وله ثلاثة شروط ؛ الأول : أن يكون تجارة ، وهي : الاسترباح بالبيع والشراء ، وهي أمور لا تنضبط مست الحاجة إلى العقد عليها ، والطحن والخبز والنسج أمور معلومة يجوز الاستئجار عليها ، قال في « المطلب » : وتعليهم يشعر بأن المراد : إذا شرط ذلك على العامل ، فلو شرط استئجاره من يفعل ذلك وحظه التصرف . . فالظاهر : الجواز .

قال الزركشي : وفيه نظر مَنشؤه : أنه هل يعد ذلك من التوابع فتغتفر أو لا ؟ انتهى

ولو اشترى الحنطة وطحنها من غير شرط . . فالأصح : أن القراض باق ، ثم إن طحن بغير إذن . . فلا أجر له ، ويصير ضامناً ، وعليه غرم ما نقص بالطحن ، وإن باعه . . لم يكن الثمن مضموناً عليه ، والربح بينه وبين المالك كما شرطاً .

قوله : (ولا يجوز أن يشترط عليه شراء متاع معين أو نوع يندر وجوده ، أو معاملة شخص) .

الشرط الثاني : ألا يكون مضيقاً عليه بالتعيين ، فلو قال : لا تشتري إلا هذه السلعة ، أو عين ما يندر وجوده ؛ كالياقوت الأحمر ، أو قال : لا تشتري إلا من فلان ، أو : لا تبع إلا منه . . فسد القراض ؛ لأنه تضيق يُخلُّ بمقصوده . ولو شرط ألا يبيع ولا يشتري من فلان . . جاز على الأصح .

ولو شرط شراء نوع عام الوجود دائم . . صح ، فإن كان لا يدوم ؛ كالثمار الرطبة . . صح في الأصح .

وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ الْقِرَاضِ ، فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا . .
فَسَدَ ، وَإِنْ مَنَعَهُ الشَّرَاءَ بَعْدَهَا . . فَلَا فِي الْأَصَحِّ .

ولو قال : فإذا انقطع فتصرف في غيره . . صح قطعاً .

ولا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الأصح ، والإذن في البزّ يتناول ما يلبس ، دون البسط والفرش ، وفي الأكسية وجهان .
ولو شرط ألا يبيع ولا يشتري إلا في سوق بعينه . . صح بخلاف الحانوت المعين .

قوله : (ولا يشترط بيان مدة القراض) الشرط الثالث : ألا يضيق بالتوقيت (فلو ذكر مدة ، ومنعه التصرف بعدها . . فسد) لأنه يُخل بالمقصود من جهة أنه قد لا يجد راعباً في تلك المدة ، ويخالف مقتضى العقد ؛ لأن مقتضى القراض أن ينض العامل ما في يده في آخر الأمر .

ولو اقتصر على قوله : قارضتك سنة . . فالأصح : أنه يفسد على خلاف ما توهمه عبارته .

قوله : (وإن منعه الشراء بعدها . . فلا في الأصح) أي : لا يفسد ؛ لأن له أن يمنعه متى شاء من الشراء ، والمقابل له ضعيف .

ومقتضى عبارته : جريان الوجهين إذا سكت عن البيع ، وقال في « المطلب » : إنه الذي يظهر ؛ كما دل عليه كلام « التنبيه » وهو متجه ، وصورها في « الشرح » و« الروضة » تبعاً لـ« الوجيز » ، وابنُ الرفعة في « الكفاية » : بما إذا نهاه عن الشراء وصرح بجواز البيع^(١) ، ومقتضاه : الجزم

(١) الشرح الكبير (٦/١٤-١٥) ، روضة الطالبين (٤/٢٠٢) ، الوجيز (ص : ٢١٠-

(٢١١) ، كفاية النيه (١١/١١٦) .

وَيُشْتَرَطُ اخْتِصَاصُهُمَا بِالرِّبْحِ وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، وَلَوْ قَالَ : قَارَضْتُكَ عَلَى
أَنَّ كُلَّ الرِّبْحِ لَكَ . . فَقَرَضٌ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : قَرْضٌ صَحِيحٌ ، وَإِنْ قَالَ : كُلُّهُ
لِي . . فَقَرَضٌ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : إِبْضَاعٌ

بالبطلان إذا لم يصرح به ، قاله الإسنوي .

ولا يجوز أن يعلق القراض فيقول : إذا جاء رأس الشهر . . فقد قارضتك ،
ولو قال : قارضتك الآن ولكن لا تتصرف حتى يجيء رأس الشهر . .
فالأصح : أنه لا يجوز .

ولو قال : خذ المال قراضاً ما شئت أنا ، أو : ما شئت أنت . . جاز ، ولو
قال : ما شاء فلان . . لم يجز ، وكان قراضاً فاسداً .

قوله : (ويشترط اختصاصهما بالربح) الركن الثالث : الربح ، وشروطه
أربعة ؛ الأول : اختصاصه بالمتعاقدين ، فلو شرطه أو بعضه لثالث . . لم
يصح ؛ لأنه ليس بمالك ولا عامل .

نعم ؛ إن شرط عليه العمل معه . . كان قراضاً مع اثنين ، وهو جائز بشرط
الحضور والقبول ، وقيل : فاسد إلا أن يتصادقا على أن ما سمي له لرب المال
ويكون ذكر ذلك على سبيل الاستعارة ، قاله الماوردي^(١) ، ولو كان المشروط
له عبداً لأحدهما . . صح ، وكان ذلك مضموماً إلى ما شرطه لسيده .

قوله : (واشتراكهما فيه) أي : في الربح هذا بماله وهذا بعمله هو الشرط
الثاني (ولو قال : قارضتك على أن كل الربح لك . . فقراض فاسد ، وقيل :
قرض صحيح ، وإن قال : كله لي . . فقراض فاسد ، وقيل : إِبْضَاع)
الخلافاً في المسألتين ينبنى على أن النظر إلى صيغ العقود أو معانيها ، فإذا

(١) الحاوي الكبير (٧٩/٩ - ٨٠) .

وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا بِالْجُزْئِيَّةِ ، فَلَوْ قَالَ : عَلَى أَنَّ لَكَ فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيبًا . .
فَسَدَ ، أَوْ : بَيْنَنَا . . فَلَا أَصَحَّ : الصَّحَّةُ ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ ،

تصرف العامل في الأولى . . نفذ ، وله أجرة المثل ، وكذا كل قراضٍ فاسدٍ
يجب فيه أجرة المثل ، والربح كله للمالك والخسران عليه ، وقيل : قراض
صحيح ؛ نظراً إلى المعنى ، وهو ضعيف ، والتصحيح في الثانية نظراً إلى
اللفظ .

ولو قال : أبضعتك على أن الربح لك . . صح ، فهل هو إبطاع أو
قراض ؟ فيه الوجهان ، ويجريان فيما لو قال : على أن نصفه لك ، ولو قال :
أبضعتك على أن الربح لي . . صح ، وهو معناه^(١) ، ولو قال : تصرف والربح
كله لي . . فهو إبطاع بلا خلاف ، أو : كله لك . . فهو قراض .

فائدة : الإبطاع : أن يبعث المال مع من يتجر له فيه متبرعاً ، والبضاعة
هو : المبعوث .

قوله : (وكونه معلوماً بالجزئية) أي : ويشترط كون الاشتراك فيه معلوماً
بالجزئية ، وهي المناصفة أو المثالته ، وهما الثالث والرابع .

قوله : (فلو قال : على أن لك فيه شركة أو نصيباً . . فسد) وكذا لو قال :
مثل ما شرطه فلان لفلان ، وكانا أو أحدهما جاهلين به ، وقيل : يصح ؛
لإمكان الاطلاع .

قوله : (أو : بيننا . . فالأصح : الصحة ، ويكون نصفين) كما لو قال :
هذه الدار بيني وبين فلان . . فإنه يكون إقراراً بالنصف ، والثاني : لا يصح ؛
كما إذا قال : على أن الربح بيننا أثلاثاً ، ولم يبين من له الثلثان .

(١) أي : اللفظ المذكور هو معنى الإبطاع ؛ كما يأتي في الفائدة آنفاً .

وَلَوْ قَالَ : لِي النِّصْفُ . . فَسَدَ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ : لَكَ النِّصْفُ . . صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ شَرِطَ لِأَحَدِهِمَا عَشْرَةَ أَوْ رِبْحُ صِنْفٍ . . فَسَدَ .

ولو قال : قارضتك ، ولم يتعرض للربح . . فالمشهور : البطلان ، وفي استحقاق العامل أجره المثل وجهان .

قوله : (ولو قال : لي النصف . . فسد في الأصح) لأنه لم يشترط شيئاً للعامل ، والثاني : يصح ويكون النصف الآخر للعامل ؛ لأنه السابق إلى الفهم .

قوله : (ولو قال^(١) : لك النصف . . صح على الصحيح) لأنه بين نصيب العامل وما بقي للمالك بحكم الأصل ، وقيل : لا يصح ، وإذا جمعت بين المسألتين . . حصل فيهما ثلاثة أوجه ؛ أصحها : إن يَبْنِ نصيب العامل فقط . . صح ، وإن يَبْنِ نصيب المالك فقط . . لم يصح .

قوله : (ولو شرط لأحدهما عشرة ، أو ربح صنف . . فسد) أي : سواء جعل الباقي للآخر أو بينهما ؛ كما صرح به في « المحرر »^(٢) ؛ لأنه قد لا يربح غير العشرة ، أو لا يربح غير ذلك الصنف ، فيؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح ، وهو خلاف مقتضى العقد .

وصورة المسألة : أن يشترط لأحدهما معيناً شيئاً معلوماً من الربح ، ولو قال : لي ربح أحد الألفين ولك ربح الآخر ، وهما متميزان . . فسد في الأصح .

ولو قال : خذه قراضاً بالنصف أو الثلث . . فوجهان ، قال السبكي :

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن قال) .

(٢) المحرر (٧٤٢ / ٢) .

فصل

يُشْتَرَطُ إِجَابُ وَقَبُولٌ ، وَقِيلَ : يَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ ، وَشَرْطُهُمَا كَوَكِيلٍ وَمُوكِّلٍ .

الأشبه : أنه يصح ؛ تنزيلاً على أن النصف للعامل ، وقال سُلَيْم : إذا قلنا بالصحة فقال المالك : أردت النصف لي . . فيكون فاسداً ، وقال العامل : أردت اشتراطه لي . . صدق العامل بيمينه ؛ لأن الظاهر معه .

(فصل)

[في بيان الصيغة وما يشترط في العاقلين وذكر بعض أحكام القراض]

(يشترط إيجاب وقبول) الركن الرابع : الصيغة ، وهي : قارضتك ، أو : ضاربتك ، أو : عاملتك على أن تشتري وتبيع ويكون الربح بيننا نصفين ، فلو لم يصرح بالشراء والبيع . . فالمشهور : الصحة ؛ لأن لفظ القراض كافٍ . ويشترط القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود .

قوله : (وقيل : يكفي القبول بالفعل) عبارة « المحرر » : (لا بد في القراض من الإيجاب والقبول ، وقيل : لو قال : خُذْ هذه الدراهم واتَّجِرْ فيها على أن الربح بيننا كذا ، فأخذ . . استغنى عن القبول)^(١) وهي أحسن أشار إلى الركنية بـ (في) وجعل الخلاف في هذه الصيغ خاصة وهو المعروف ، وتقييده بالأخذ يحتمل أن يكون جعل الأخذ قبولاً فيوافق « المنهاج » ، ويحتمل أن يريد التصوير فقط .

قوله : (وشروطهما كوكيل وموكل) الركن الخامس : العاقدان ، فيشترط فيهما ما يشترط في الموكل والوكيل ، فلا يجوز مقارضة السفیه بغير إذن

(١) المحرر (٢/٧٤٣) .

وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي الْعَمَلِ وَالرَّيْحِ . . . لَمْ يَجُزْ
فِي الْأَصَحِّ ،

الولي ؛ كما لا يجوز توكيله ولا وكالته ، ويجوز للولي والوصي والحاكم
وأمينه أن يقارض بمال اليتيم والسفيه والمجنون من يجوز لهم أن ياكلوه في
مالهم .

ولا يجوز للعبد أن يقارض بما في يده ، ولا يأخذ مال غيره قراضاً بغير إذن
سيده .

قوله : (ولو قارض العامل آخر بإذن المالك ليشركه في العمل والربح . .
لم يجز في الأصح) لأنه يكون فرعاً للعامل الأول ، وموضوع القراض أن يكون
بين مالك وعامل ، والثاني : يجوز ؛ كما لو قارض المالك اثنين ، قال
الزركشي : وهو الأقوى ، وقال صاحب « التعجيز » في « شرحه » : إنه الذي
قطع به الجمهور .

واحترز بقوله : (ليشركه) : عما إذا أذن له على أن ينسلخ من القراض ،
ويكون وكيلاً في نصب الثاني عاملاً . . فإنه جائز قولاً واحداً ، ولا بد أن يكون
المال مما يجوز القراض عليه ، فلو صار عرضاً . . امتنع ، قاله ابن الرفعة^(١) ،
ولا يجوز أن يشترط الأول لنفسه شيئاً من الربح ، فلو فعل . . فسد القراض ،
وللثاني أجره المثل على المالك .

وهل ينزل الأول بمجرد إذن المالك له في ذلك ؟ قال في « المطلب » :
الأشبه : الانعزال إن ابتدأه رب المال بذلك ، دون ما إذا سأل فيه^(٢) ، لكنه
ينزل بالامتنال .

(١) قاله في « المطلب » كما في « عمدة المحتاج » (٣٤٤ / ٨) .

(٢) عبارة « عمدة المحتاج » (٣٤٤ / ٨) : (دون ما إذا سأل العامل فأجابه إليه المالك) .

وَبَغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي . . فَتَصَرَّفُ غَاصِبٍ ، فَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِالْجَدِيدِ . . فَالرَّبْحُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ ، وَقِيلَ : هُوَ لِلثَّانِي ،

قوله : (وبغير إذنه فاسد) أي : سواء أقصد المشاركة في العمل والربح ، أم في الربح دون العمل ، أم قصد الانسلاخ ، وشبَّهه الإمام في هذه : بما لو أراد الوصي أن يقيم غيره مقامه فيما هو فيه ، وأنه ممنوع^(١) ، قال السبكي : ومثله في المنع إذا أراد المشروط له النظر أن يقيم غيره مقامه .

قوله : (فإن تصرف الثاني . . فتصرف غاصب) لأنه بغير إذن ، وللمالك تغريم كل منهما إذا سلم بغير إذن ، سواء أعلم الثاني الحال أم لا ، لكنه إذا لم يعلم . . لم يأنم قطعاً ، ولا يستقر الضمان عليه في الأصح ، وإن علم . . أثم ، وقرار الضمان عليه .

قوله : (فإن اشترى في الذمة وقلنا بالجديد . . فالربح للعامل الأول في الأصح ، وعليه للثاني أجرته ، وقيل : هو للثاني) أشار إلى أن الغاصب إذا اشترى في الذمة ، ونقد المغصوب في الثمن ، وربح . . فالجديد : أن الربح للغاصب ويضمن المال الذي سلمه ، والقديم : أنه للمالك .

فعلى الجديد : الربح كله هنا للعامل الأول في الأصح ؛ لأن الثاني تصرف للأول بإذنه فكان كالوكيل عنه ، وعليه للثاني أجره عمله . واختار السبكي أن الربح للثاني ولا أجره له .

وعلى القديم : للمالك ما شرط ، وفي الباقي أوجه ؛ أصحها : أنه بين العاملين بالسوية .

(١) نهاية المطلب (٤٩٤ / ٧) .

وَأِنْ اشْتَرَى بَعَيْنِ مَالِ الْقَرَّاضِ . . فَبَاطِلٌ .

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلًا وَمُتَسَاوِيًا ، وَالْإِثْنَانِ وَاحِدًا
وَالرَّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الْمَالِ .

قوله : (وإن اشترى بعين مال القراض . . فباطل) لأنه تصرف بغير إذن ،
وفيه القول بوقف العقود ، والقول بأنه إذا كثرت التصرفات . . ينفذ .

قوله : (ويجوز أن يقارض الواحد اثنين متفاضلاً ومتساوياً) مثال
التساوي : أن يشترط لهما النصف بينهما بالسوية ، ومثال التفاضل : أن يشترط
لأحدهما ثلث الربح وللآخر سدسه ؛ لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين ،
ولا بد أن يعين مستحق الأكثر من الأقل .

ونقل الرافعي عن الإمام : أنه يشترط في الجواز أن يثبت لكل منهما
الاستقلال ، فإن شرط على كل واحد منهما مراجعة الآخر . . لم يجز^(١) .

ونقل الإسنوي عن « المطلب » : أن المشهور : الجواز مطلقاً .

وقال الإمام البلقيني : الوجه القطع بما قاله الإمام ؛ فإن من شرط صحة
القراض : الاستقلال بالتصرف ، ولو شرط على العامل مراجعة المالك . .
فسد ، فالأجنبي أولى .

قوله : (والاثنان واحداً) لأن كلاهما قارض على نصيبه مشاعاً (والربح
بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال) أي : فإذا شرطا له النصف والباقي
بينهما وهما في المال سواء . . جاز ، ولو عين أحدهما من نصيبه الثلث والآخر
الربع . . جاز ، ولو شرطا كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة
المالين . . فسد .

(١) الشرح الكبير (١٩/٦) ، نهاية المطلب (٥٤٤/٧) .

وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ . . نَفَذَ تَصَرُّفُ الْعَامِلِ وَالرَّيْحُ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةٌ مِثْلَ عَمَلِهِ إِلَّا إِذَا قَالَ : قَارَضْتُكَ وَجَمِيعُ الرَّيْحِ لِي . . فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ .

وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطاً لَا بَغْبِنٍ وَلَا نَسِيئَةً بِلَا إِذْنٍ

قوله : (وإذا فسد القراض . . نفذ تصرف العامل) لأن الفساد في القراض ، لا في الإذن (والربح للمالك) لأنه نماء ملكه ، وإنما يستحق العامل بعضه بالشرط في العقد الصحيح .

(وعليه للعامل أجره مثل عمله) أي : سواء أكان في المال ربح أم لا ؛ لأنه عمل طمعا في المسمى ، فإذا فات . . كان له أجره المثل . وإطلاق الأصحاب يقتضي : أنه لا فرق بين أن يعلم فساد القراض أو لا ، قاله السبكي .

قوله : (إلا إذا قال : قارضتك وجميع الربح لي . . فلا شيء له في الأصح) لأنه عمل مجاناً ، والثاني : له أجره المثل ، ورجحه جماعة ، وهما مفرعان على أنه قراض فاسد ، ويكون مستثنى من قولنا : فاسد العقود كصحتها في الضمان وعدمه ، قاله الزركشي ، وعلى وجه : إنه إبطاع لا أجره قطعاً .

قوله : (ويتصرف العامل محتاطاً) أي : بالبيع والشراء ؛ لأنه وكيل ، قال السبكي : وينبغي أن يضبط تصرفه بمظنة الربح .

قوله : (لا بغبن ولا نسيئة بلا إذن) المراد بالغبن : الفاحش .

وقوله : (بلا إذن) يعود إلى الغبن والنسيئة ، ولا فرق بين البيع والشراء .

والمراد بالإذن : صريحه ، فلو قال : اعمل برأيك . . لم يبع بالنسيئة ،

وَلَهُ الرَّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ ،

قوله : (وله الرد بعيب تقتضيه مصلحة) أي : وله الرد بعيب حال كون الرد تقتضيه المصلحة ، فهي جملة حالية والضمير يعود على الرد ، وهذا إذا اشتراه على ظن السلامة فبان معيباً ، أما ما علم عيبه . . فله شراؤه إذا رأى فيه

(٥) الحاوى الكبير (٩٠/٩) .

فَإِنْ اقْتَضَتْ الْإِمْسَاكَ . . فَلَا فِي الْأَصَحِّ ، وَلِلْمَالِكِ الرَّدُّ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا . .
عُمِلَ بِالْمَصْلَحَةِ .

وَلَا يُعَامِلُ الْمَالِكُ .

وَلَا يَشْتَرِي لِلْقَرَاضِ بِأَكْثَرِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ،

ربحاً ، وصحح المصنف : جواز شرائه بقيمته إذا كان فيه مصلحة^(١) .

قوله : (فَإِنْ اقْتَضَتْ الْإِمْسَاكَ . . فلا في الأصح) لإخلاله بمقصود العقد ،
والثاني : له الرد ؛ قياساً على الوكيل .

قوله : (وللمالك الرد) أي : حيث جوزناه للعامل ؛ لأنه الأصل .

قوله : (فَإِنْ اخْتَلَفَا . . عمل بالمصلحة) أي : سواء طلب المالك الرد
والعامل الإمساك ، أو بالعكس ؛ لأن كلاهما له حق ، فإن استوى الحال . .
قال في « المطلب » : رجع إلى العامل إن جوزنا له شراء المعيب بقيمته .

وحيث وقع الرد . . يرد العامل على البائع ، وكذلك المالك إن كان الشراء
بعين مال القراض ، وإن كان في الذمة . . قال السبكي : مقتضى كلام الإمام :
انصراف العقد إلى العامل قطعاً ، فإن رضي بالعيب وردَّ المالك . . يبقى المبيع
للعامل وعليه الثمن لجهة القراض^(٢) .

قوله : (ولا يعامل المالك) أي : بمال القراض ؛ لأنه يؤدي إلى بيع ماله
بماله ، وكما لا يعامل المالك لا يعامله المالك ؛ كالعبد المأذون ، وكلام
المصنف قد يقتضيه ؛ لأن المفاعلة من الجانبين ، قاله الزركشي .

قوله : (ولا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال) لأن المالك لم يرض

(١) روضة الطالبين (٢٠٧/٤) .

(٢) راجع « نهاية المطلب » (٧/٤٦٥-٤٦٦) .

وَلَا مَنْ يَعْتَقُ عَلَى الْمَالِكِ بغيرِ إِذْنِهِ ، وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الْأَصَحِّ ، فَلَوْ فَعَلَ . .
لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ ، وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ .
وَلَا يُسَافِرُ بِالْمَالِ بِلَا إِذْنٍ .

أن يشغل ذمته إلا به ، فلو فعل . . لم يقع ما زاد عن جهة القراض .

قوله : (ولا من يعتق على المالك بغير إذنه) لأنه تضييع ، فلو اشترى بغير
إذن بالعين . . بطل ، وفي الذمة . . يقع للعامل .

وقوله : (بغير إذنه) احتراز به : عما إذا أذن فيه . . فإنه يصح ، ثم إن لم
يكن في المال ربح . . عتق على المالك ، وارتفع القراض إن اشتراه بجميع
المال ، وإن اشتراه ببعضه . . صار الباقي رأس المال ، وإن كان فيه ربح ؛ فإن
قلنا : يملك العامل نصيبه بالقسمة . . عتق أيضاً على المالك ، وغرم نصيب
العامل من الربح ، وكذا إن قلنا : بالظهور وهو موسر .

ولو أعتق المالك عبداً من عبيد التجارة . . فالحكم فيه كذلك .

قوله : (وكذا زوجه في الأصح) نص عليه في « الإملاء » ؛ لأنه ينفسخ به
النكاح فيتضرر ، والثاني : يصح ؛ لأنه يتوقع فيه الربح ، قال شارح
« التعجيز » : وحكى الجمهور الخلاف قولين ، نقله الزركشي .

والزوج : يطلق على الذكر والأنثى .

قوله : (فلو فعل^(١)) . . لم يقع للمالك ، ويقع للعامل إن اشترى في الذمة (يعني : في الشراء بأكثر من رأس المال وشراء القريب والزوج ، وإن اشترى
بالعين . . لم يقع للمالك ولا للعامل .

قوله : (ولا يسافر بالمال بلا إذن) لأن فيه خطراً وتعريضاً للهلاك ،

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (ولو فعل) .

وَلَا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ حَضَرًا ، وَكَذَا سَفَرًا فِي الْأَظْهَرِ .

ولا فرق بين طويل السفر وقصيره ، وأمن الطريق وعدمه ، وفي قول : يجوز عند الأمن .

فعلى الأول : لو سافر وباع . . صح البيع ، وكان الثمن مضموناً عليه ، واستحق الربح بسبب الإذن إلا إذا باع بأقل من قيمة بلده بما لا يتغابن به . . فلا يصح ، ولا يعود أميناً بالعود من السفر .

وإن أذن . . جاز بحسب الإذن ، فإن أطلق الإذن . . سافر إلى المواضع المأمونة التي جرت عادة أهل بلده بالسفر إليها ، ويبيع بأكثر من قيمة بلده وبمثلها ، ولا يبيع بدونها إلا لغرض .

ولا يجوز سفره في البحر إلا بالتصريح به ، قاله في « الروضة »^(١) .

قوله : (ولا ينفق منه على نفسه حضراً) وكذا لا يتصدق ، وجوزهما مالك رحمه الله على العادة ؛ كالغداء ودفع كسرة إلى السقاء .

قوله : (وكذا سفرًا^(٢) في الأظهر) لأنه يستحق على عمله نصيبه من الربح ، فلا يستحق شيئاً آخر ، والثاني : أنه ينفق بالمعروف ؛ لأنه بالسفر جرد نفسه لهذا العمل ، فأشبهه الزوجة إذا سلمت نفسها ، وهذا أصح الطريقين ، والثانية : القطع بأنه لا ينفق .

والقولان فيما يزيد بسبب السفر ؛ كالكراء والإداوة والسفرة وزيادة سعر الماء والطعام على الأصح ، فإن قلنا : لا يستحق . . فشرطها مفسد على الأصح ، وإن قلنا : الاستحقاق ، فاستصحب ماله وهو قدر يقصد السفر له مع مال القراض . . وزعت النفقة على قدر المالين .

(١) روضة الطالبين (٢١٣/٤) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وكذا سفر) .

وَعَلَيْهِ فِعْلٌ مَا يُعْتَادُ ؛ كَطَيِّ الثَّوبِ ، وَوَزْنُ الْخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ
لَا الْأُمْتَعَةَ الثَّقِيلَةَ ، وَنَحْوَهُ .

وَمَا لَا يُلْزَمُهُ لَهُ الْاِسْتِجَارُ عَلَيْهِ .

وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرَّبْحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ .

قوله : (وعليه فعل ما يعتاد ؛ كطي الثوب ، ووزن الخفيف كذهب
ومسك ، لا الأمتعة الثقيلة ونحوه) أي : للعرف ، ولو استأجر عليها . . كانت
الأجرة في ماله لا في مال القراض .

قوله : (وما لا يلزمه له الاستئجار عليه) أي : من مال القراض ، فلو
تولاه بنفسه أو بعبد . . فلا أجرة له .

والمراد : الاستئجار من الربح ، وأما ما يلزمه . . فله الاستئجار عليه من
ماله ، فلو شرط على المالك الاستئجار عليه من مال القراض . . فوجهان
حكماهما الإمام في (باب المساقاة)^(١) وجزم الدارمي هنا بالمنع فقال : لو
شرطاه على أحدهما . . لم يصح ، حكاه الزركشي^(٢) .

وحيث استأجر . . فالإجارة لازمة ، فإن فسخ القراض . . فهو كالتلف .

قوله : (والأظهر : أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور)
لأنه لو ملكها قبل القسمة . . لكان^(٣) شريكاً للمالك ؛ حتى لو هلك شيء من
المال . . هلك من المالين ، وليس كذلك ، بل الربح وقاية لرأس المال .
والثاني : يملك بالظهور ؛ قياساً على المساقاة ، ولا خلاف أن بعد الظهور
للعامل حق مؤكد يورث عنه ، ويقدم على غرماء رب المال .

(١) نهاية المطلب (٢٨ / ٨) .

(٢) وفي (أ) قوله : (حكاه الزركشي) غير موجود ، وزيد في (ب) تصحيحاً .

(٣) وفي (أ) : (لصار) بدل (لكان) .

وَتِمَارُ الشَّجَرِ وَالنَّجَاجُ وَكَسْبُ الرَّقِيقِ وَالْمَهْرُ الْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ
يَفُوزُ بِهَا الْمَالِكُ ، وَقِيلَ : مَالُ قِرَاضٍ .

وله أن يمتنع عن العمل ، ويسعى في التنضيض ، ولا يتسلط على الربح ،
ولا يتصرف فيه ؛ لأنه وقاية ؛ ولذلك إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ
القراض . . لم يُجبر الآخر .

فإذا ارتفع القراض والمال ناض ، واقتسماه . . استقرَّ ، وكذا لو كان قدر
رأس المال ناضاً ، وأخذ المالك واقتسما الباقي .

والأصح : أنه يستقر بارتفاع العقد ونضوض المال من غير قسمة ، وأنه
لا يستقر إذا كان المال عروضاً .

ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد . . لم يحصل الاستقرار ، فإذا
حصل خسران بعده . . جبر بما أخذه العامل .

واحترز بـ (العامل) : عن المالك فيملك نصيبه من الربح عند الظهور بلا
خلاف ؛ لأنه نماء ماله^(١) ، حكاه الزركشي عن « التتمة » .

قوله : (وثمار الشجر والنتاج وكسب الرقيق والمهر الحاصلة من مال
القراض يفوز بها المالك) لأنها فوائد الملك لا فوائد التجارة .

وقوله : (الحاصلة من مال القراض) يعني : مما اشتراه العامل للقراض ؛
للتجارة في مدة التربص وانتظار الفائدة ، وفي المهر أن توطأ أمة القراض
بشبهة ، أما الشراء لذلك . . فلا يجوز للعامل ، قاله السبكي .

قوله : (وقيل : مال قراض) لأن حصولها بسبب شراء العامل الأصل ،
وعلى هذا : الأصح أنها ربح حتى يجعل وقاية لرأس المال .

(١) وفي (أ) : (نَمَاءُهُ) .

وَالنَّقْصُ الْحَاصِلُ بِالرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنَ الرَّبْحِ مَا أُمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ ،
وَكَذَا لَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ أَوْ غَضِبَ أَوْ سَرَقَ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ فِي الْأَصَحِّ ،

قال الزركشي : كسب الرقيق يشمل الصيد والاحتطاب وقبول الهبة والوصية ، وينبغي أن تكون الهبة والوصية للمالك فقط ، تفرعاً على المذهب ، ويجب الجزم به إذا لم يكن ظهر في المال ربح .

قوله : (والنقص الحاصل بالرخص محسوب من الربح ما أمكن ومجبور به) للعرف كما أن الزيادة بذلك ربح .

وقوله : (ما أمكن) أي : الاسترباح ، وحكى الإمام وجوب ذلك عن الأصحاب ، واستشكله^(١) ، وكذا النقص بالعيب والمرض الحادثين .

قوله : (وكذا لو تلف بعضه بآفة أو غضب أو سرقة بعد تصرف العامل في الأصح) لأن العامل إنما يستحق من الفاضل عن رأس المال ، والثاني : لا يحسب ؛ لأنه نقص لا يتعلق بتصرف العامل ؛ كالرخص ، وليس ناشئاً من نفس المال ؛ كالمرض والعيب .

وقيل : يجبر ما حصل بآفة سماوية دون ما حصل بغضب أو سرقة ، قال الإسنوي : وقطع الأكثرون به ؛ لانتفاء ما يجبر به ، وخصوا الوجهين بما عداهما . والآفة ؛ كالموت والنهب والحريق والغرق ، والمراد بالغضب والسرقة إذا تعذر البذل ، فإن أخذ^(٢) . . استمر القراض فيه ، وكذا لو تلف كله .

والأصح : أن الخصم المالك إن لم يكن ربح ، وهما إن كان ، قاله

(١) نهاية المطلب (٥٣٢/٧) .

(٢) أي : أخذه أو بدله . راجع « تحرير الفتاوي » (٢٤٤/٢) .

وَأِنْ تَلَفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ . . فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَصَحِّ .

الرافعي^(١) ، قال السبكي : إنما يصح إطلاقه لو سلم بعد المقاسمة ، أما قبلها . . فالأصح : أن العامل لا يملك فكيف يخاصم ؟! وقال الرافعي : جزم الإمام هنا بأن المقارض يستقل بالمطالبة ، قال السبكي : وهو أشبه .

وقوله : (بعد تصرف العامل) أي : شراء ، وقيل : شراء وبيعاً .

قال السبكي : والظاهر : أنه لا فرق بين التصرف على العين وعلى الذمة ؛ لأنه إذا اشترى على الذمة . . وجب صرف العين فيه ، وكذا الظاهر : أنه لا فرق بين أن يتصرف في كل المال أو بعضه ؛ لأن بالتصرف يتأكد العقد .

وفائدة هذا : أنه لو اشترى ببعض رأس المال ، وتلف باقيه . . يكون من صور التلف بعد التصرف ، ولم أرَ من صرح به ، ويحتمل أن يقال : إنما يتأكد العقد فيما تصرف فيه .

قوله : (وإن تلف)^(٢) أي : بعض المال (قبل تصرفه . . فمن رأس المال في الأصح) لأن العقد لم يتأكد بالعمل .

والثاني : إنه خسران مجبور بالربح الذي يحصل بعده ؛ لأنه بقبض العامل صار مال قراض .

وصورة المسألة : دفع إليه ألفين ، فتلف أحدهما قبل التصرف . . فعلى الأصح : صار رأس المال الألف الباقي ، وعلى الثاني : رأس المال ألفان كما كان .

وتقييد المصنف بالبعض للاحتراز عن الجميع ؛ فإنه إن تلف المال بآفة قبل

(١) الشرح الكبير (٣٨/٦) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن تلف) .

فصل

لِكُلِّ فُسْخُهُ ، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . انْفَسَخَ ، . . .

التصرف أو بعده . . ارتفع القراض ، وكذا لو أتلّفه المالك ، لكن يستقر نصيب العامل من الربح ، وإن أتلّفه أجنبي وأخذ بدله . . بقي القراض فيه ، ولو أتلّفه العامل . . ارتفع القراض ؛ كما قاله الإمام^(١) .

وفي كلام الرافعي ما يقتضي : أن المالك يقبضه منه ويبقى فيه القراض^(٢) . وجوز السبكي شراءه للقراض بما في ذمته ؛ لأن إذن القراض مستمر .

(فصل)

[في بيان أن القراض جائز من الطرفين ، وحكم اختلافهما ، وغير ذلك]

(لكل فسخه) لأن القراض توكيل في الابتداء وفي الانتهاء شركة ، وكل منهما غير لازم ، فلا يشترط حضور الآخر ولا رضاه ، وكما يرتفع القراض بقول المالك : فسخت . . يرتفع بقوله للعامل : لا تتصرف بعد هذا ، وباسترجاع المال منه ، ولو حبس العامل ومنعه من التصرف ، أو باع ما اشتراه العامل ، أو قال : لا قراض بيننا . . فالأشبه : أنه لا ينعزل ، وقال المصنف : ينبغي أن يكون الأصح : انعزاله بالإنكار^(٣) .

قوله : (ولو مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه . . انفسخ) أي : عقد القراض ؛ لما سبق^(٤) ، وإذا كان الميت هو المالك . . جاز للعامل البيع والاستيفاء بغير إذن الوارث ، بخلاف ما إذا مات العامل . . فلا يبيع وارثه ،

(١) نهاية المطلب (٥٥٠ / ٧) .

(٢) الشرح الكبير (٣٨ / ٦) .

(٣) روضة الطالبين (٢١٩ / ٤) .

(٤) أي : آنفاً ؛ من أنه شركة في الانتهاء .

وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ الْإِسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا ، وَتَنْضِيزُ رَأْسِ الْمَالِ إِنْ كَانَ عَرْضاً ، وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ التَّنْضِيزُ إِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ .

ولا يستوفي إلا بإذن المالك ؛ لأنه لم يرض بتصرفه .

قوله : (ويلزم العامل الاستيفاء إذا فسخ أحدهما) يعني : إذا أذن المالك في المعاملة بالدين ، وانفسخ القراض وهناك دين لزم العامل أن يتقاضاه ؛ لينض ، سواء أكان هناك ربح أم لا .

قال السبكي : وإطلاق الأصحاب يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون الدين زائداً على رأس المال أو لا ، قال الإسنوي ، وبه صرح ابن أبي عصرون في « المرشد » ، قال الزركشي : حكاها في « المطلب » عنه وقواه ، لكن مقتضى تعليلهم : لزوم استيفاء رأس المال فقط ، وبه صرح صاحب « المحيط » ، ويشهد له تصريحهم بذلك في العروض ، ولا يظهر بينهما فرق . انتهى

قال الجرجاني : فإن رضي المالك بقبول الحوالة جاز ، وإن رضي العامل بترك الربح وترك التقاضي لم يجبر المالك على القبول^(١) .

قوله : (وتنضيز رأس المال إن كان عرضاً) أي : بيعه بالناض ، وهو : النقد ، سواء كان في المال ربح أم لا ؛ ليرد رأس المال بصفته (وقيل : لا يلزمه التنضيز إن لم يكن ربح) لأنه لا فائدة له فيه ، وإنما يجب عليه تنضيز مقدار رأس المال على ما قطع به المحققون ، فإن قال العامل : تركت حقي لك فلا تكلفني البيع لم تلزمه إجابته في الأصح .

وإذا كان في المال ربح فللعامل أن يبيع بغير اختيار المالك ، فلو قال له المالك : لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو : أعطيك نصيبك من

(١) التحرير (١/٣٨٦) .

وَلَوْ اسْتَرَدَّ الْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظَهْوِرِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ . . رَجَعَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى الْبَاقِي .

وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ . . فَالْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً وَرَأْسَ مَالٍ ؛ مِثَالُهُ : رَأْسُ الْمَالِ مِئَةٌ وَالرِّبْحُ عِشْرُونَ ، وَاسْتَرَدَّ عِشْرِينَ . . فَالرِّبْحُ سُدُسُ الْمَالِ ، فَيَكُونُ الْمُسْتَرَدُّ سُدُسَهُ مِنَ الرِّبْحِ ، فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ الْمَشْرُوطُ مِنْهُ ، وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

الربح ناضباً . . أجيب على الأصح ، وإن لم يكن ربح ورضي المالك بإمساكها . . فوجهان ، عامة الأصحاب على إجابة العامل إذا توقع ربحاً .

وحيث باع العامل بعد الفسخ . . فإنما يبيع بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال ، وإلا . . باعه بما يراه مصلحة من نقد البلد أو رأس المال ، فإن باعه بنقد البلد . . حصّل به رأس المال ، ولو أبطل السلطان النقد الذي جرى القراض عليه . . ففي « زوائد الروضة » عن « العدة » و« البيان » : أنه يرّد من النقد الأول على الصحيح^(١) .

قوله : (ولو استرد المالك بعضه قبل ظهور ربح وخسران . . رجع رأس المال إلى الباقي) كما لو اقتصر في الابتداء على إعطائه ، فلو ربح العامل في الباقي . . لم يجبر المأخوذ ؛ لأن الاسترداد فسخ للقراض في المسترد ، قاله الزركشي .

قوله : (وإن استرد بعد الربح . . فالمسترد شائع ربحاً ورأس مال ، مثاله : رأس المال مئة والربح عشرون ، واسترد عشرين . . فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه من الربح ، فيستقر للعامل المشروط منه ، وباقيه من رأس المال) أي : فيستقر ملك العامل على نصف الربح إذا كان هو

(١) روضة الطالبين (٢٢٥ / ٤) ، البيان (١٠٦ / ٥) ، وفي (أ) قوله : (النقد) غير موجود ، وزيد في (ب) بدون (صح) .

وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ .. فَالْخُسْرَانُ مُوزَعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي ، فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ مِثَالُهُ : الْمَالُ مِئَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ .. فَرُبُّهُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ الْمُسْتَرَدِّ ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ .

وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ : لَمْ أَرْبَحْ ، أَوْ : لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا ، ..

المشروط ، وهو : درهم وثلثا درهم ، حتى لو انخفضت السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين .. لم يكن للمالك أن يأخذ الكل ويقول : كان رأس المال مئة وقد أخذت عشرين أضم إليها هذه الثمانين ليتم لي المئة ، بل يأخذ العامل درهماً وثلثي درهم ، ويرد الباقي .

قال السبكي : ولا فرق بين أن يكون المسترد نقداً أو عرضاً بالقيمة ، ولا بين أن يقصد الاسترداد من رأس المال أولاً .

قوله : (وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ .. فَالْخُسْرَانُ مُوزَعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي ، فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ ، مِثَالُهُ : الْمَالُ مِئَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ، ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ .. فَرُبُّهُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ الْمُسْتَرَدِّ ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ) أي : لأن الخسران - وهو عشرون - يوزع على الثمانين فيخص كل عشرين خمسة ، فيحط عن المئة العشرين المستردة وحصتها ، فيبقى خمسة وسبعون ، فلو ربح بعد ذلك فبلغ ثمانين .. لم يكن للمالك أخذ الكل ليكمل له المئة التي أعطاها ، بل للعامل منها درهماً ونصف .

قوله : (وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ : لَمْ أَرْبَحْ ، أَوْ : لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا) لأن الأصل معه ، ولا بد في دعوى الربح من تعيين المقدار ، فلو أقر بالربح ، ثم قال : غلطت ، أَوْ : كذبت ، أَوْ : بان لي أن لا ربح .. لم يقبل رجوعه ،

أَوْ اشْتَرَيْتُ هَذَا لِلْقَرَاظِ أَوْ : لِي ، أَوْ : لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا ، وَفِي قَدْرِ
رَأْسِ الْمَالِ
.....

وفي تحليفه للمالك وجهان ، قال الماوردي : ومحلهما إذا لم يذكر شبهة ،
فإن ذكر شبهة .. فله تحليفه^(١) ، ولو قال : خسرت بعد ذلك .. قبل ، قال في
« التتمة » : وذلك عند الاحتمال ؛ بأن عرض كساد نقله الرافعي^(٢) ووافقه
القاضي حسين وصاحب « البحر »^(٣) .

قوله : (أَوْ اشْتَرَيْتُ هَذَا لِلْقَرَاظِ ، أَوْ : لِي) يعني : يصدق فيهما ؛ لأنه
أعرف بقصده ، وفي قول : المصدق المالك في الأولى ، قال السبكي : فلو
أقام المالك بينة على إقراره .. حكم بها ، ولو أقام بينة أنه اشتراه بمال
القراض .. فالأصح عند الماوردي والشاشي والفارقي وابن أبي عصرون في
« المرشد » : لا يحكم بها ؛ لأنه قد يشتري لنفسه بمال القراض فيبطل
ولا يكون للقراض^(٤) .

قال ابن العماد : ينبغي أن يحمل قول الإبطال على ما إذا اشترى لنفسه
بالعين ، وقول الصحة على ما إذا اشترى في الذمة ، ونقد الثمن من مال
القراض .

قوله : (أَوْ : لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا) لأن الأصل عدم النهي .

قوله : (وَفِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ) لأن الأصل عدم الزيادة ، وقيل : إن كان
في المال ربح .. تحالفا ، وللإمام البلقيني فيه بحث بتصدق المالك .

(١) الحاوي الكبير (٩ / ١١٤ - ١١٥) .

(٢) الشرح الكبير (٦ / ٤٦) .

(٣) بحر المذهب (٧ / ١٠٧) .

(٤) الحاوي الكبير (٩ / ١١١ - ١١٢) .

وَدَعَوَى التَّلَفِ ، وَكَذَا دَعَوَى الرَّدِّ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ لَهُ . . تَحَالَفَا ، وَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ .

قوله : (ودعوى التلف) أي : كالوكيل والمودع إلا إذا أسند^(١) الهلاك إلى سبب ظاهر . . فلا بد من إثباته بالبينة ، كالوديعة .

قوله : (وكذا دعوى الرد في الأصح) لأنه أمين كالمودع ، وعلى هذا : مؤنة الرد على المالك ، والثاني : لا يقبل ؛ لأنه قبض العين لغرض نفسه ، وعلى هذا : مؤنة الرد عليه عند العراقيين .

قوله : (ولو اختلفا في المشروط له) أي : من الربح (. . تحالفا) لأنهما اختلفا في العوض ؛ كالبيع (وله أجره المثل) أي : إذا تحالفا . . انفسخ القراض ، واختص الربح والخسران بالمالك ، وللعامل أجره مثل عمله ، وقيل : أقل الأمرين من أجره المثل والقدر المشروط .

فروع : اختلفا في جنس رأس المال . . صدق العامل ، أو في أنه وكيل ، أو مقارض . . صدق المالك ، قاله الرافعي^(٢) ، ولو تلف المال فادعى المالك القرض والآخر القراض . . فالمصدق الآخذ ؛ كما قاله البغوي وابن الصلاح في « فتاويهما » ؛ لأنهما اتفقا على جواز التصرف ، والأصل عدم الضمان ، ولو أقاما في ذلك بيتين . . ففي المقدم منهما وجهان في « زوائده »^(٣) . والله أعلم .

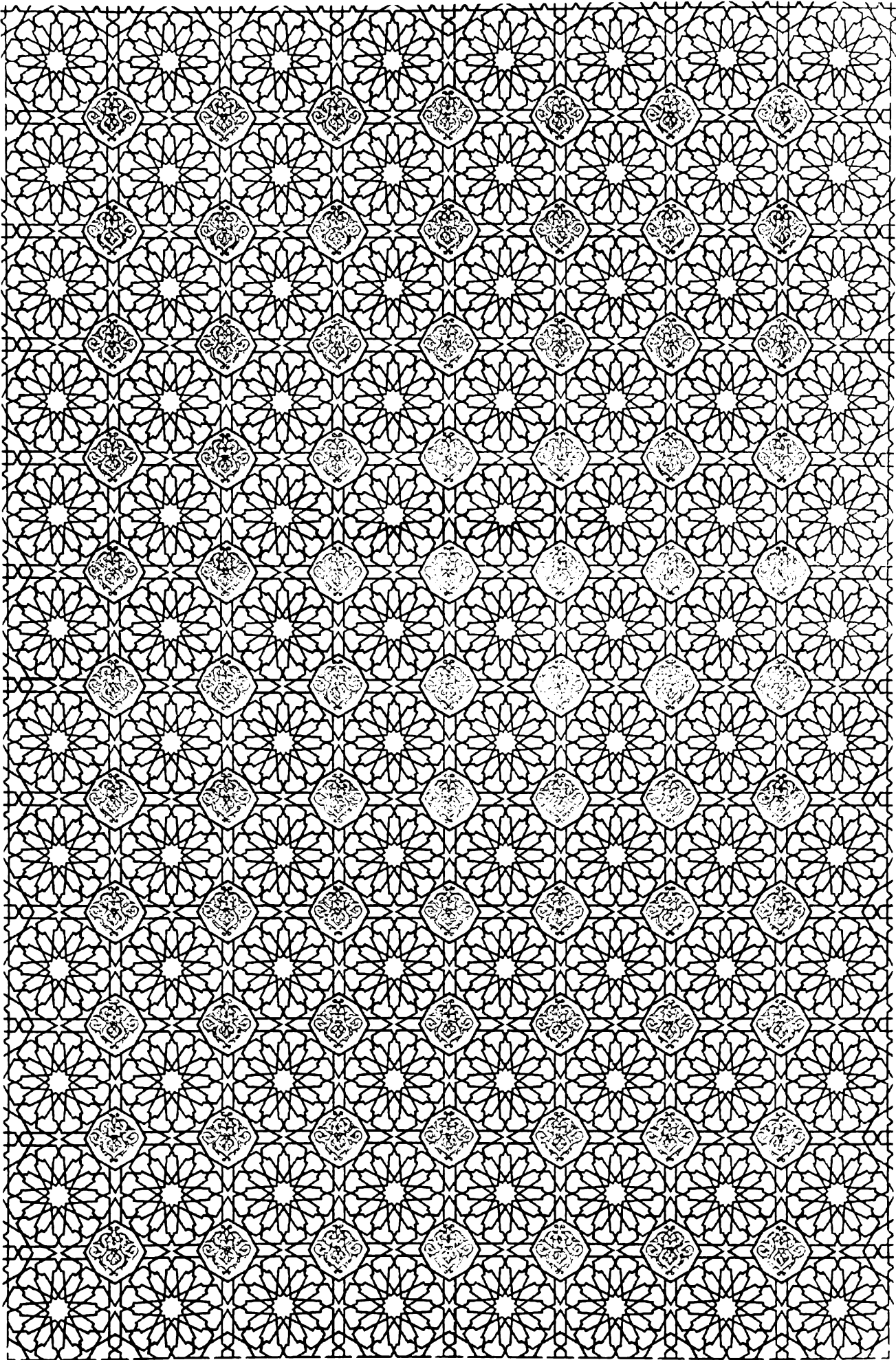
* * *

(١) وفي (أ) : (إلا إن أسند) .

(٢) الشرح الكبير (٤٨ / ٦) .

(٣) روضة الطالبين (٢٢٣ / ٤) .

كتاب المساقاة



كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ

تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصْرِيفِ ، وَلِصَبِيِّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ .
وَمَوْرِدُهَا النَّخْلُ وَالْعِنْبُ ،

(كتاب المساقاة)

هي : معاملة على تعهّد الشجر لأجل الثمر ببعض ثمرته .
مشتق من (السقي) بفتح السين وسكون القاف ، وهو المصدر .
والأصل فيها : أحاديث ؛ منها : ما رواه مسلم : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخلاً خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها^(١) .
قوله : (تصح من جائز التصرف) أي : موجباً وقابلاً .
ولو عبر بـ (إنما) .. كان أولى ، وكان يكفي الاختصار على جواز التصرف ؛ فإنه يعم الملك والولاية .
قوله : (ولصبي ومجنون بالولاية) لأنها تصرف في المال ، وكذا السفیه ، فلو عبر بـ (المحجور) .. كان أعم .
واعلم : أن أركانها كأركان القراض أولها : العاقد ، والأشجار كرأس المال ؛ لأنها محل العمل .
فلهذا قال : (وموردها النخل والعنب) أي : إنما ينعقد على النخل وشجر العنب ، أما النخل .. فلما تقدم^(٢) ، وأما العنب .. فقليل : إن الشافعي

(١) صحيح مسلم (١٥٥١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) أي : في الحديث آنفاً .

وَجَوَّزَهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ .

قاسه على النخل بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص^(١) ، قال السبكي : وهو الأشبه .

قوله : (وجوزها القديم في سائر الأشجار المثمرة) أي : للحاجة كما في النخل والعنب ، واختاره في « تصحيح التنبيه » ، والجديد : المنع ؛ لأن النخل والعنب لا يكاد يحصل ثمارها إلا بالعمل بخلاف غيرها .

والمراد بالشجر : ما له ساق ، وبالثمرة : ما له ثمرة تقصد وإن لم يكن موجودة حال العقد ؛ كالتين والمشمش والتفاح ونحوها . . فلا يجوز المساقاة على شجر الفِرْصاد والدُّلب والصَّنَوْبَر^(٢) وسائر ما لا ثمر له ، ولا على قصب السكر ، ولا على الموز ، ولا على ما لا ساق له ؛ كالبطيخ والقثاء والباذنجان ، ولا يجوز فيما يُجَزُّ مدة بعد أخرى على المذهب .

وعلى الجديد في شجر المقل وجهان ، قال في « المهمات » : والفتوى على الجواز ، فقد نص عليه الشافعي ، وصحح النووي المنع^(٣) ، وذكر ابن العماد عن « الكفاية » : إن قلنا بالجديد . . قال ابن سريج : يجوز المساقاة على المقل وجهاً واحداً ، قال القاضي أبو الطيب : وهو المنصوص ، والصحيح : أنه على القولين^(٤) ، قال ابن العماد : والقول بالمنع هو الموافق

(١) الأم (١٤/٥) .

(٢) الفرصاد : اسم يطلق على التوت . المعجم الوسيط (ص : ٦٨٢) . الدُّلب : جنس شجر للترتين ، من الفصيلة الدُّلبيّة ، وهو من الزهريات ، يحب الماء . المعجم الوسيط (ص : ٢٩٢) . الصَّنَوْبَر : شجر من الفصيلة المخروطية الصَّنَوْبَرِيّة يزرع لخشبه وللزينة . المعجم الوسيط (ص : ٥٢٦) .

(٣) المهمات (١٢٠/٦) ، روضة الطالبين (٢٢٧/٤) .

(٤) كفاية التنبيه (١٦٨/١١) .

وَلَا تَصِحُّ الْمُخَابَرَةُ ، وَهِيَ : عَمَلُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذَرُ مِنَ الْعَامِلِ ، وَلَا الْمُزَارَعَةُ ، وَهِيَ : هَذِهِ الْمُعَامَلَةُ ، وَالْبَذَرُ مِنَ الْمَالِكِ .

لأصول الشافعي وبين ذلك ، ثم قال : والنص الذي ذكره القاضي . . إما مخرج أو محمول على التبعية . انتهى

والأصح في « الروضة » : جواز المساقاة على ما سوى النخل والعنب من الشجر المثمر ؛ تبعاً لهما كالمزارعة^(١) ، قال في « التحرير » : لكن مقتضى قوله : (كالمزارعة) : أنه يشترط تعذر أفراد النخل والعنب بالسقي ؛ كما في المزارعة^(٢) .

فرع : يشترط في الأشجار أن تكون معينة مرئية ، فلو ساقاه على أحد حائطيه ، أو على شجر موصوف لم يره . . لم يصح ، وقيل : يخرج في غير المرئي على بيع الغائب .

قوله : (ولا تصح المخابرة ، وهي : عمل الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل) وحقيقته : كراء الأرض للزرع ببعض ما يخرج منها .

وقوله : (عمل الأرض) غير واضح ؛ فإن العمل وظيفة العامل ، وعبرة « المحرر » و« الروضة » و« أصلها » : المعاملة على الأرض^(٣) .

قوله : (ولا المزارعة ، وهي : هذه المعاملة ، والبذر من المالك) وحقيقته : اكتراء العامل ؛ ليزرع الأرض ببعض ما يخرج منها ، والنهي عنهما ثابت^(٤) .

(١) روضة الطالبين (٢٤٦/٤) .

(٢) تحرير الفتاوى (٢٤٨/٢) .

(٣) المحرر (٧٥٢/٢) ، روضة الطالبين (٢٤٢/٤) ، الشرح الكبير (٥٤/٦) .

(٤) أخرجه مسلم (١٥٤٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما في المخابرة ، وأخرجه أيضاً (١٥٤٩) عن ثابت بن الضحاك رضي الله عنه في المزارعة .

فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ . . . صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ ، وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ ،

والتفريق بينهما هو الصحيح المنصوص^(١) ، وقيل : هما بمعنى واحد .
واختار في « الروضة » : جوازهما^(٢) ، والمعروف في المذهب : المنع وعليه التفريع .

والمخابرة مشتقة من الخبير وهو : الأكثار^(٣) ، أي : المزارع ، ويقال من الخَبَار وهو : الأرض الرخوة .

قوله : (فلو كان بين النخل بياض . . . صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل) لقضية خبير^(٤) ، والمحقق فيها : أنه كان فيها زرع مع النخل ، فلا شك في صحة تلك المزارعة .

وخصص البياض بما بين النخل ؛ تبعاً للرافعي^(٥) ، وكأنه تمثيل ، ومّا بين العنب كذلك ؛ كما صرح به صاحباً « الوجيز » و« البيان » ، قاله في « التحرير »^(٦) ، وصرح به المصنف في « التصحيح » .

قوله : (بشرط اتحاد العامل) أي : لا يكون من ساقاه غير من زارعه ؛ ليكون عقداً واحداً (وعسر إفراد النخل بالسقي والبياض بالعمارة) لتحقيق الحاجة إلى ذلك .

(١) الأم (١٤/٥ - ١٦) .

(٢) روضة الطالبين (٢٤٣/٤ - ٢٤٤) .

(٣) الأكثار : الحراث . المعجم الوسيط (ص : ٢٢) .

(٤) سبق تخريجه أول الباب .

(٥) الشرح الكبير (٥٦/٦) ، المحرر (٧٥٢/٢) .

(٦) تحرير الفتاوى (٢٥٠/٢) ، الوجيز (ص : ٢١٥) ، البيان (٢٨٠/٧) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَلَّا يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا ، وَأَلَّا تُقَدَّمَ الْمُزَارَعَةُ ،

وتبع في تعبيره بـ (العسر) « المحرر » و « الوجيز »^(١) ، وعبر في « الروضة » و « أصلها » بالتعذر^(٢) ، وهي أوفق لعبارة كثير من الأصحاب ، قاله ابن النقيب^(٣) .

قوله : (والأصح : أنه يشترط ألا يفصل بينهما) يعني : يشترط اتحاد العقد ، فإذا قال : ساقيتك على النخل وزارعتك على الأرض بكذا ، فقبل . . صح قطعاً .

ولو قال : ساقيتك على النخل بالنصف وزارعتك على الأرض بالنصف ، فقال : قبلت المساقاة وقبلت المزارعة . . صح في الأصح ، ولو قال : قبلتهما . . صح على الصحيح .

ولو قال : عاملتك على النخل والأرض بكذا . . كفى ؛ لأن لفظ المعاملة يشمل المساقاة والمزارعة .

ولو أفرد كلاً منهما بعقد . . لم يصح في الأصح ؛ لفوات التبعية ، والثاني : يصح ؛ لحصولهما لشخص واحد .

قوله : (وألا تقدم المزارعة) أي : على المساقاة ؛ لأنها تابعة والتابع لا يتقدم على المتبوع ؛ كما لو باع بشرط الرهن لا يجوز تقديم لفظ الرهن على البيع ، والثاني : أنه إذا قدم المزارعة . . انعقدت موقوفة ، فإن ساقاه بعدها على النخل . . بان صحتها ، وإلا . . فلا ، وعلى هذا : الأشبه اختصاصه بما

(١) المحرر (٢/٧٥٢) ، الوجيز (ص : ٢١٥) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٥٦) ، روضة الطالبين (٤/٢٤٥) .

(٣) السراج على نكت المنهاج (٤/٢٠٥) .

وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخَابَرَ تَبْعاً لِلْمُسَاقَاةِ .

قبل التفرق ، قاله ابن الرفعة^(١) ، وعبر في « الروضة » في منع تقديم المزارعة بالصحيح^(٢) .

قوله : (وأن كثير البياض كقليله) لأن الفرض عسر الأفراد والحاجة لا تختلف ، والثاني : لا ؛ لأن الأكثر لا يتبع الأقل .

وهل النظر في الكثرة إلى النماء أو إلى مساحة الأرض ؟ الأصح عند المصنف الثاني^(٣) .

قوله : (وأنه لا يشترط تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع) أي : بل يجعل النصف من هذا والثلث من هذا ونحو ذلك ؛ لأن المزارعة وإن جوزت تبعاً للمساقاة . فكل منهما عقد برأسه ، والثاني : يشترط ؛ لأن التفصيل يبطل التبعية ويصيّرهما عقدين .

قوله : (وأنه لا يجوز أن يخابر تبعاً للمساقاة) أي : إذا جمع بين المساقاة والمزارعة . . يشترط كون البذر من رب النخيل ، فلو شرطه على العامل . . لم يصح ؛ لأنها مخابرة ؛ بناء على تغايرهما ، وقال السبكي : استدلوا له بأن الوارد في قصة خيبر المزارعة^(٤) ، ولم أر لفظ المزارعة في شيء من الطرق ، بل فيه : أنها من أموالهم ، وظاهره : أن البذر من عندهم فتكون مخابرة ، فيحتج به للوجه الثاني .

(١) كفاية النبيه (٢٠٠ / ١١) .

(٢) روضة الطالبين (٢٤٥ / ٤) .

(٣) روضة الطالبين (٢٤٥ / ٤) .

(٤) سبق تخريجه أول الباب .

فَإِنْ أَفْرَدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ . . . فَالْمَغْلُ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ
عَمَلُهُ وَدَوَابُّهُ وَآلَاتِهِ ، وَطَرِيقُ جَعْلِ الْغُلَّةِ لَهُمَا وَلَا أَجْرَةٌ : أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ
الْبَذْرِ لِيُزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ ،

فرع : لو زرع العامل البياض بين النخيل من غير عقد . . . قلع زرعه مجاناً .

قوله : (فَإِنْ أَفْرَدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ . . . فَالْمَغْلُ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ
أَجْرَةٌ عَمَلُهُ وَدَوَابُّهُ وَآلَاتُهُ) أي : إذا كانت من عند العامل ؛ لبطلان العقد على
المذهب ، ولا يكون عمله مجاناً .

والمزارعة مثال ، فَإِنْ أَفْرَدَ بِالْمُخَابَرَةِ . . . فَالْمَغْلُ لِلْعَامِلِ ، وَلِلْمَالِكِ الْأَرْضُ
عَلَيْهِ أَجْرَةٌ مِثْلُهَا ، وَلَوْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْهُمَا . . . فَالْمَغْلُ بَيْنَهُمَا ، وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى
الْآخِرِ أَجْرَةٌ مَا انْصَرَفَ مِنْ مَنَافِعِهِ عَلَى حِصَّةِ صَاحِبِهِ .

وتنكيره الأرض أحسن من تعريف « المحرر »^(١) ؛ لئلا يتوهم قصره على
البياض المتخلل بين النخيل .

قوله : (وَطَرِيقُ جَعْلِ الْغُلَّةِ لَهُمَا وَلَا أَجْرَةٌ) أي : في المخابرة والمزارعة
(أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ) أي : العامل (بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيُزْرَعَ لَهُ النِّصْفُ الْآخَرُ وَيُعِيرَهُ نِصْفُ
الْأَرْضِ) أي : مشاعاً ، قال السبكي : العبارة المحررة عبارة « المحرر » :
(لِيُزْرَعَ لَهُ نِصْفُ الْأَرْضِ وَيُعِيرَهُ النِّصْفُ الْآخَرُ)^(٢) قال الزركشي في « تكملته »
على الإسنوي : الأحسن عبارة « تحرير الباجي »^(٣) : أَنْ يُعِيرَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ
وَيَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيُزْرَعَ الْآخَرُ .

(١) المحرر (٧٥٢/٢) .

(٢) المحرر (٧٥٢/٢-٧٥٣) .

(٣) وهو : مختصر « المحرر » لعلاء الدين الباجي .

أَوْ يَسْتَأْجِرُهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنَفْعَةِ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي
النِّصْفِ الْآخَرَ مِنَ الْأَرْضِ .

فصل

يُشْتَرَطُ تَخْصِصُ الثَّمَرِ بِهِمَا ، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ
بِالْجُزْئِيَّةِ كَالْقِرَاضِ .

قوله : (أَوْ يَسْتَأْجِرُهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنَفْعَةِ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ ^(١) النِّصْفَ
الْآخَرَ) أي : من البذر (في النصف الآخر من الأرض) أي : من تلك الأرض
ويكونان شريكين في الزرع على المناصفة .

وذكر النصف مثال ، فإن مقابلة جزء غيره بجزء مثله كذلك .

والفرق بين الطريق الأولى والثانية : أن المالك جعل الأجرة في الأولى عيناً ،
وفي الثانية عيناً ومنفعة ، فيتمكن في الأولى من الرجوع بعد المزارعة في نصف
الأرض وأخذ الأجرة ، وفي الثانية لا يتمكن ، فإن كان البذر من العامل . . استأجر
نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ونصف منافع الآلات ، وإن كان منهما . .
استأجر نصف الأرض بنصف منفعه ومنافع آلاته المصروفة إلى الزراعة .

ولا بد في هذه الإجازات من رؤية الأرض والآلات وتقدير المدة وغيرهما
من شروط الإجارة .

(فصل)

[في شروط المساقاة ، ولزومها ، وهرب العامل]

(يشترط تخصيص الثمر بهما ، واشتركاكهما فيه ، والعلم بالنصيبين
بالجزئية كالقراض) الركن الثالث : الثمار فلا يجوز أن يكون العوض غير

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (ليزرع له) .

وَالْأَظْهَرُ : صِحَّةُ الْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، لَكِنْ قَبْلَ بُدْوَ الصَّلَاحِ .

الثمرة بلا خلافٍ ، فلو ساقى بدراهم أو غيرها . . لم تنعقد مساقاة قطعاً ولا إجارة إلا أن يفصل الأعمال ويعتبر المعني ، وهو بعيد .
ولو قال : ساقيتك وأطلق . . بطل في الأصح ، وفي استحقاقه أجرة المثل وجهان .

ويشترط فيها : أن تكون مختصة بالمتعاقدين يشتركان فيها ، فلا يجوز شرط شيء منها لغيرهما ، ولا تخصيصها بأحدهما .
نعم ؛ ذكروا في (القراض) : أن المشروط له إذا كان عبداً لأحدهما . .
صح وكان ذلك مضموماً إلى ما شرط لسيده ، ولم يصرحوا به هنا .
وكان الأولى : أن يقول : (تخصيصهما بالثمرة) ؛ كما قال في (القراض) : (اختصاصهما بالربح) .

وأن تكون معلومة بالجزئية ؛ كالنصف والثلث ، فلا يجوز أن تكون بغير الجزئية ؛ كآصع معلومة أو من نخل بعينها ؛ لأنه قد لا يحصل ، أو يكون هو كل الحاصل .

ولو قال : ساقيتك على أن الثمرة بيننا . . صح في الأصح وكانت بينهما نصفين ، ولو قال : على أن النصف لك . . صح في الأصح ، أو النصف لي . .
لم يصح في الأصح .

ولو شرط له من الصَّيْحَانِيَّ النصف ومن العجوة السدس . . صح إن علما قدر كل نوع ، وإلا . . فلا ، والعلم بالنظر والتخمين .
ولو شرط له النصف من الجميع . . صح وإن جهلا قدر كل نوع .

قوله : (والأظهر : صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة ، لكن قبل بدو الصلاح) لأنها لما جازت قبل خروج الثمرة . . فبعدها أجوز وعن الغرر أبعد .

وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدْيٍ لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونَنَّ الشَّجَرُ لَهُمَا . . لَمْ يَجْزُ ، وَلَوْ كَانَ
مَغْرُوساً وَشَرَطَ لَهُ جُزْأً مِنَ الثَّمَرَةِ عَلَى الْعَمَلِ ؛ فَإِنْ قَدَّرَ مُدَّةً يُثْمَرُ فِيهَا
غَالِباً . . صَحَّ ، وَإِلَّا . . فَلَا ، وَقِيلَ : إِنْ تَعَارَضَ الْاِحْتِمَالُ . . صَحَّ .

والثاني : لا يصح بعد الظهور ؛ لأن مقصود المساقاة : أن تظهر الثمرة
بعمل العامل .

أما بعد بدو الصلاح . . فلا يصح قطعاً ، هذا أصح الطرق ، وصحح
الغزالي : الصحة مطلقاً ، وتبعه في « الحاوي »^(١) .

قوله : (ولو ساقاه على ودي ليغرسه ويكون الشجر لهما . . لم يجز) لأنه
كتسليم البذر في المزرعة ، ولو قال : ليغرسه ويتعهد الشجر مدة كذا على أن
تكون الثمرة بيننا . . فهو فاسد أيضاً ، وقيل : يصح فيهما ؛ للحاجة .
وعلى الأول : يستحق أجرة المثل إن كانت الثمرة متوقعة في تلك المدة ،
وإلا . . فلا على الأصح .

قوله : (ولو كان مغروساً وشروط له جزءاً من الثمرة^(٢) على العمل ؛ فإن قدر
مدة يثمر فيها غالباً . . صح ، وإلا . . فلا ، وقيل : إن تعارض الاحتمال . .
صح) يعني : إذا ساقاه على ودي مغروس مدة يثمر فيها غالباً ؛ كعشر
سنين . . صح وإن كانت الثمرة لا تتوقع إلا في السنة العاشرة ؛ لأنها مدة
واحدة وقد شرط له سهماً من جميع الثمرة .

قال الرافعي : ولو أنه أثمر قبل سنة التوقع . . لم يستحق العامل منها شيئاً^(٣) ،

(١) الوسيط (٣٥٢ / ٢) ، الوجيز (ص : ٢١٥) ، الحاوي الصغير (ص : ٣٧٣) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (من الثمر) .

(٣) الشرح الكبير (٦٧ / ٦) .

وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكَهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ .
وَيُشْتَرَطُ إِلَّا يَشْرَطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا ،

وفي « المهمات » عنه : ولو شرط أنه أثمر . . . إلى آخره^(١) ، قال ابن العماد : وهو غلط يغير المعنى .

وإن لم يغلب على الظن حصول الثمرة فيها . . لم يصح ، وإن قدر بمدةٍ يحتمل أن يثمر فيها ويحتمل ألا يثمر . . فالأصح : البطلان .

وحيث صححنا فلم يثمر . . لم يستحق شيئاً ، وحيث أبطلنا وعمل ؛ فإن كان جاهلاً عدم إثمارها . . استحق أجرة المثل ، وإلا . . فلا في الأصح .

قوله : (وله مساقاة شريكه في الشجر إذا شرط له زيادة على حصته) يعني : إذا كان لكل منهما نصف الشجر ، فساقي أحدهما الآخر ؛ بأن يقول : ساقيتك على نصيبي ، حتى لا يكون العمل المعقود عليه واقعاً في المشترك ، فإن شرط له نصف الثمر أو أقل . . لم يصح ؛ لأنه ملكه بغير عملٍ ، وإن شرط له زيادة على النصف . . فتلك الزيادة هي المقابلة لعمله ، ولا يصح أن يشترط له الجميع ، وحيث خالف . . فسد ، وتجب أجرة المثل في الأخيرة ، ولا تجب في الأوليين على الأصح فيهما .

قوله : (ويشترط ألا يشترط على العامل ما ليس من جنس أعمالها) الركن الرابع : العمل وشروطه ما ذكره : ألا يشترط^(٢) عليه المالك عملاً ليس من جنس عمل المساقاة ؛ كحفر بئر وبناء جدار ؛ لأنه شرط عقد في عقدٍ ،

(١) المهمات (١٢٥/٦) ، لكن في المطبوع منه : (ولو أنه أثمر) بدون : (شرط) كما في « الشرح الكبير » (٦٧/٦) .

(٢) وفي (أ) : (أنه لا يشترط) .

وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ وَبِالْيَدِ فِي الْحَدِيقَةِ ، وَمَعْرِفَةُ الْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ الْمُدَّةِ ؛ كَسَنَةِ أَوْ أَكْثَرَ ،

وقيل : يبطل الشرط دون العقد ؛ كالشروط الفاسدة في الرهن ، حكاها
الماوردي^(١) .

قوله : (وأن ينفرد بالعمل وباليدين في الحديقة) أي : ليتمكن من العمل متى شاء ، فلو شرط كونها بيد المالك . . أو بيدهما . . لم يصح ، ولو سلم إليه المفتاح ، وشرط المالك الدخول . . لم يضر في الأصح ، ولو شرط معاونة عبد المالك . . فالأصح : القطع بالجواز ، فإن شرط للغلام رأياً . . لم يجز قطعاً ، ولا بد من معرفته إذا جوزنا بالرؤية أو بالوصف ، ونفقته على من شرطت ، ولا يجوز شرطها في الثمرة على الأصح ، فإن لم يشرط . . فالمشهور : أنها على المالك .

ولو شرط عمل غلام العامل معه . . صح من غير تعيين ولا وصف .

قوله : (ومعرفة العمل بتقدير المدة ؛ كسنة أو أكثر) أي : ويشترط معرفة عمل المساقاة ببيان المدة دون التعيين والتفصيل ، ولا يجوز مؤبدة ولا مطلقة ؛ كالإجارة .

وأقل مدتها : مدة تطلع فيها الثمرة وتستغني عن العمل ، خلافاً لما أفهمه ، ويجوز إلى مدة تبقى فيها العين في الأظهر .
وفي قول : لا يجوز أكثر من سنة .

وعلى الأول : هل يجب بيان حصة كل سنة ، أو يكفي قوله : ساقيتك على النصف ؛ لاستحقاق النصف كل سنة ؟ وجهان ؛ كالإجارة ، ولو فاوت بين

(١) الحاوي الكبير (١٣٢/٩ - ١٣٣) .

وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ فِي الْأَصَحِّ .

الجزء المشروط في السنين . . لم يضر على الأصح ، قال في « المهمات » :
الموجود في نسخ « الروضة » : لم يصح ، وعبارة الرافعي : لم يضر^(١) .
ثم إن البطلان لا توجيه له من جهة المعنى .

قال ابن العماد : الذي في « الروضة » هو المتجه الماشي على أصول
المذهب ؛ لأن الصفة تتعدد بتعدد الثمن ، والثمرة هنا كالثمن في البيع ، فإذا
فاوت بين الجزء المشروط . . فقد أوقع عقداً على سنتين مستقبليتين في
عقدين ، وعقد المساقاة على المدة المستقبلة لا يجوز . وإذا أقت بمدة
فأدركت الثمار قبل فراغها . . وجب عليه أن يعمل بقيتها بغير أجر ، وإن
انقضت المدة وعلى الأشجار طلع أو بلح . . فله نصيبه منه ، وعلى المالك
التعهد إلى الإدراك ، كذا قال البغوي والرافعي^(٢) ، وقال ابن أبي عصرون :
مؤنة السقي والحفظ عليهما ، ولا يلزم العامل لتبقيتها أجر ، فإن حدث الطلع
بعد المدة . . فلا حق له فيه ، قاله الرافعي تبعاً للبغوي^(٣) ، وقال الماوردي :
نعم وإن لم يكن عمل شيئاً ؛ لأن الأصح : أنه شريك لا أجير^(٤) ، نقله
الزرکشي .

قوله : (ولا يجوز التوقيت بإدراك الثمر في الأصح) لأنه يتقدم ويتأخر ،
والثاني : يجوز ؛ لأنه المقصود في هذا العقد ، والمراد به : الجداد ، وعلى
هذا لو قال : ساقيتك سنة ، وأطلق . . ففي حملها على العربية أو سنة الإدراك
وجهان .

(١) المهمات (١٢٥/٦) ، روضة الطالبين (٢٣٣/٤) ، الشرح الكبير (٦٦/٦) .

(٢) التهذيب (٤٠٥/٤) ، الشرح الكبير (٦٦/٦) .

(٣) التهذيب (٤٠٥/٤) ، الشرح الكبير (٦٦/٦) .

(٤) الحاوي الكبير (١٢٣/٩) .

وَصِيغَتُهَا : سَاقَيْتُكَ عَلَى هَذَا النَّخْلِ بِكَذَا ، أَوْ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ لِتَتَعَهَّدَهُ .
وَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ الْأَعْمَالِ ،
.....

قوله : (وصيغتها : ساقيتك على هذا النخل بكذا) أي : من الثمرة ،
وهذه أصرح الألفاظ ، وهي الركن الخامس .

وقوله : (بكذا) يفهم : أنه لا بد من ذكر العوض ، وقد تقدم أنه إذا لم
يذكره . . لم يصح في الأصح^(١) ، وفي استحقاقه الأجرة وجهان .

قوله : (أو : سلمته إليك لتتعهد) قال السبكي : الظاهر : أن هذا اللفظ
كناية ، وينعقد أيضاً بقوله : خذه لتتعده ، وعاملتك عليه ، ونحوه ، وقيل :
لا ينعقد بعاملتك ، ولو قال : استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثمرتها . .
فالأصح : أنها إجارة فاسدة ؛ نظراً إلى اللفظ وعدم وجود شروط الإجارة ،
وحاول في « المهمات » تصحيح الصحة^(٢) ، قال ابن العماد : والصواب :
ما صححوه .

فلو جعل الأجرة دراهم ، وعين العمل والمدة . . فهي إجارة صحيحة ؛
كما اقتضاه كلام الإمام^(٣) ، ولو قال : ساقيتك على هذه النخيل بكذا من
ثمرتها ليكون أجره لك . . جاز ؛ لسبق لفظ المساقاة .

قوله : (ويشترط القبول) أي : قطعاً ، ولا يأتي فيه الوجه^(٤) المذكور في
(القراض) و (الوكالة) ؛ للزوم المساقاة .

قوله : (دون تفصيل الأعمال) أي : لا يشترط له التعرض في العقد

(١) أي : في أول هذا الفصل .

(٢) المهمات (١٢٥ / ٦ - ١٢٦) .

(٣) نهاية المطلب (٢٢ / ٨ - ٢٣) .

(٤) أي : أنه يكفي القبول بالفعل .

وَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى الْعُرْفِ الْغَالِبِ .

وَعَلَى الْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلَاحِ الثَّمَرِ وَاسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ؛
كَسْقِي وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ وَتَلْقِيحِ

(ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب) أي : في الأعمال إذا علمه المتعاقدان ، فإن جهلاه ، أو أحدهما ، أو لم يكن عرف وجب التفصيل ، وجزم الإمام في : ساقيتك بأنه لا حاجة إلى التفصيل ، أي : مع العلم ، وتردد فيما إذا قال : عاملتك^(١) .

قوله : (وعلى العامل ما يحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته مما يتكرر كل سنة) لأن ما لا يكون كذلك يبقى أثره وفائدته بعد ارتفاع المساقاة ، وتكليف العامل به إجحاف .

قوله : (كسقي) هو معظم المقصود ، ولا خلاف في وجوبه على العامل عند الإطلاق ، فلو شرطه على المالك فعن « البويطي » : أنه يجوز^(٢) ، والمشهور : أن كل ما يجب على أحدهما لو شرطه على الآخر بطل العقد ، ولو عمل العامل ما يلزم المالك بغير إذن لم يستحق أجره ، وإن فعله بإذن المالك استحق ، وقال السبكي : وينبغي تقييده بما إذا جرى ما يدل على الأجرة .

وما يجب على العامل له استئجار المالك عليه في الأصح .

قوله : (وتنقية نهر) أي : على الصحيح (وإصلاح الأجاجين التي يثبت فيها الماء) هي : ما حول المغارس تحوط عليه شبه الإجانة التي يغسل فيها (وتلقيح) هو : التأبير والإبار ، وهو : وضع الطلع في إناث النخل ، أما عين

(١) نهاية المطلب (٢٢ / ٨) .

(٢) مختصر البويطي (ص : ٧٩١) .

وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ مُضِرَّةٍ ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَكَذَا حِفْظُ الثَّمَرِ وَجَدَادُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي الْأَصَحِّ .

وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الْأَصْلِ وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ؛ كِبْنَاءِ الْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ . . فَعَلَى الْمَالِكِ .

الطلع . . فعلى المالك (وتنحية حشيش وقضبان مضرّة) وذكر الشافعي رضي الله عنه : تصريف الجريد^(١) فليل : هو قطع ما يضر يابساً أو غير يابس ، وقيل : ردّها عن وجوه الأقناء^(٢) وتسويتها بين الجريد ؛ لتصيبها الشمس ويتيسر قطعها .

قوله : (وتعريش جرت به العادة) أي : في المواضع التي جرت عادة الكرم بالتعريش ، وكذلك إصلاح طريق الماء ، وتنقية الآبار ، وتقليب الأرض بالمساحي ، وتقويتها بالزبل بحسب العادة .

قوله : (وكذا حفظ الثمر وجداده وتجفيفه في الأصح) لأنه مما تحصل به الثمرة فأشبهه السقي ، والثاني - وهو القياس - أن الثلاثة عليهما ؛ تبعاً للملك في الثمرة .

وإذا وجب التجفيف . . وجب تهيئة موضعه وتسويته ، ويسمى البيدر والجرين ، ونقل الثمار إليه وتقليبها في الشمس من وجه إلى وجه .
والجداد بكسر الجيم وفتحها .

قوله : (وما قصد به حفظ الأصل ولا يتكرر كل سنة ؛ كبناء الحيطان وحفر نهر جديد . . فعلى المالك) لأنه يبقى ، ومنه : حفر الآبار الجديدة

(١) الأم (١٣/٥) .

(٢) القنؤ : العذق بما فيه من الرطب . المعجم الوسيط (ص : ٧٦٤) .

وَالْمُسَاقَاةُ لَازِمَةٌ ، فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا .
بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ ،

والتي انهارت ، ونصب الدولاب والأبواب وشراؤها ، وخراج الأرض
الخراجية ، وكل عين تتلف في العمل بلا خلاف .

والأصح : أن الآلات التي يوفي بها العمل ؛ كالفأس والمِغُول
والمِنْجَل والمسحاة والثيران والفَدَّان في المزرعة ، وهو بفتح الفاء : آلة
التَّوْرَيْنِ^(١) ، والثور الذي يدير الدولاب . . على المالك ، وقيل : إنها على من
شرطت عليه ، ولا يجوز السكوت عليها ، وفي ردم التُّلْمِ اليسيرة^(٢)
وجهان ، قال السبكي : الصحيح المنصوص في « الأم » : أنها على
المالك^(٣) ، وقال الرافعي : الأشبه : اتباع العرف ، وفي وضع الشوك على
رؤوس الجدران وجهان^(٤) ، وأطلق في « الروضة » : تصحيح العرف
فيهما^(٥) ، وقال السبكي : في وضع الشوك أنه كردم التلم ، فاقضى تصحيح
أنه على المالك .

قوله : (والمساقاة لازمة) أي : فليس لأحد المتعاقدين فسخها ؛
كالإجارة ، بجامع أنهما عقدان على عمل على العين مع بقائها ، وفي القراض
لا تبقى الأعيان .

قوله : (فلو هرب العامل قبل الفراغ وأتمه المالك متبرعاً) أي : إما
بالعمل أو مؤنته (. . بقي استحقاق العامل) قال السبكي : المساقاة تجوز على

(١) أي : للحرث .

(٢) أي : التي في الجدران .

(٣) الأم (١٣/٥) .

(٤) الشرح الكبير (٧٠/٦) .

(٥) روضة الطالبين (٢٣٦/٤) .

وَالْأَلَا . . . اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مِنْ يَتَمُّهُ ،

الذمة بلا خلاف ، وعلى العَيْنِ في الأصح ، ولا تثبت للمالك بمجرد هرب العامل حق الفسخ ، وقال الفوراني : تثبت ، وليس ذلك خلافاً ، بل إن كانت على الذمة . . لم يفسخ بمجرد الهرب قطعاً ، وإن كانت على العين . . فله أن يفسخ قطعاً .

واستحقاق العامل إذا تبرع المالك بالإتمام متفق عليه ، والظاهر : أنه لا فرق فيه بين أن يكون على العين أو على الذمة ، وقياسه : أن يأتي مثله فيما إذا استأجره لخياطة ثوب ونحوه ، وأن يطرد ذلك فيما إذا كان العامل حاضراً ، وهو جار في عمل الأجنبي عنه من غير شعور المالك ، أو مع شعوره ولم يمنعه ، وله منعه ؛ لأنه قد لا يأتّمه .

نعم ؛ إن كانت المساقاة على الذمة ، وكان الأجنبي ثابت الأمانة . . فينبغي ألاّ يمكّن المالك من منعه .

فلو قصد المالك العمل في ملك نفسه من غير قصد تبرع على العامل . . فالأقرب : أنه لا يستحق ، فإذا اختلف هو والعامل في قصد التبرع . . فالذي يظهر : تصديق المالك بيمينه .

قوله : (وإلا . . استأجر الحاكم عليه من يتمه) أي : وإن لم يتبرع المالك ولا غيره بإتمام العمل . . رفع المالك الأمر إلى الحاكم وأثبت المساقاة والهرب ؛ لينفذ في طلبه ، فإن وجده . . أجبره على العمل ، وإلا . . استأجر عليه من يعمل ، فإن كان للعامل مال . . فممنه نقداً كان أو عرضاً أو عقاراً ، وإن لم يكن ؛ فإن كان بعد بدو الصلاح . . باع نصيب العامل أو بعضه بحسب الحاجة من المالك أو غيره ، واستأجر بثمانه ، وإن كان قبل بدو الصلاح . . استقرض عليه ، ثم يقضيه العامل إذا رجع ، أو يقضى عنه من

وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ . . فَلْيُشْهَدْ عَلَى الْإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ .

الثمرة بعد بدو الصلاح أو الإدراك .

ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة أو حالة ويصبر بها . . استغنى عن الاستقراض .

ولو استأجر الحاكم المالك لإتمام العمل ، أو أذن له ليستأجر على العامل ، أو أنفق بإذن الحاكم ليرجع . . فالأصح في الثلاث : الصحة ، ذكره السبكي ، قال : وإذا أذن له في الإنفاق وقلنا بالجواز ، فاختلف هو والعامل في إنفاق ما أذن فيه الحاكم . . فالذي يظهر : القطع بأن القول قول المنفق ؛ لأنه منصوب الحاكم .

ولو أنفق بغير إذن الحاكم مع قدرته عليه ؛ فإن لم يُشْهَدْ . . لم يرجع ، وكذا إن أشهد في الأصح .

قوله : (وإن لم يقدر على الحاكم . . فليشهد على الإنفاق إن أراد الرجوع) أي : إذا كان الحاكم فوق مسافة العدوى ، أو حاضراً ولم يجبه إلى ما التمسه ، فعمل أو استأجر أو أنفق ؛ فإن أشهد . . رجع في الأصح ، وإن لم يُشْهَدْ . . لم يرجع في الأصح ، سواء أمكنه أو لم يمكنه^(١) ؛ لأن العجز عن الإشهاد نادر .

والإشهاد المعتبر : أن يشهد على العمل أو الاستئجار وبذل الأجرة بشرط الرجوع ، فإن لم يذكر الرجوع . . فهو كترك الإشهاد .

فروع : قال الرافعي : العجز عن العمل بمرض ونحوه كالهرب^(٢) ، قال السبكي : والظاهر : أن المراد : إذا كان الممرض ونحوه مما لا يسلب القدرة ،

(١) وفي (ب) : (أم لم يمكنه) .

(٢) الشرح الكبير (٧٣ / ٦) .

وَلَوْ مَاتَ وَخَلَفَ تَرَكَةً . أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا ، وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ بِنَفْسِهِ
وَبِمَالِهِ .

ولكن امتنع معه مباشرة الاستئجار ، فيقوم الحاكم مقامه حتى لا يتأخر حق المالك .
وهذا إذا كانت المساقاة على الذمة ، أما إذا كانت على العين . . فالذي
يظهر : أن المالك متمكن من الفسخ فلا يجب الاستئجار ؛ لأنه تصرف عن
غائب فلا يصار إليه إلا لضرورة ، ويحتمل أن يقال : للمالك الفسخ والمطالبة
بالعمل ، فلا يمنع منها إذا لم يفسخ ويستأجر عن العامل ، فلو كان حاضراً
وامتنع . . ألزم ، أو استؤجر عنه ؛ لئلا يتمكن من إرهاب المالك إلى الفسخ .
ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره ؛ فإن لم تخرج الثمرة . .
فللمالك فسخ العقد على الصحيح ؛ للتعذر والضرورة ، وإذا فسخ . . غرم
للعامل أجره عمله ، وإن خرجت الثمرة ؛ فإن بدى الصلاح . . بيع نصيب
العامل أو بعضه قدر ما يستأجر به ، وإن لم يبد الصلاح ؛ فإن باع المالك نصيبه
معه بشرط القطع . . جاز ، وإن اشترى المالك نصيبه . . صح على الأصح ،
فإن لم يرغب في شراء ولا بيع . . وقف حتى يصطلحا ، وليس له الفسخ على
المشهور .

قوله : (ولو مات وخلف تركة . . أتم الوارث العمل منها ، وله أن يتم
بنفسه وبماله^(١)) .

اعلم : أن المساقاة لا تنفسخ بموت المالك قطعاً ، سواء كانت على العين
أم على الذمة ، وتنفسخ بموت العامل إذا كانت على العين قطعاً ؛ كالأجير
المعين ، فإن كانت على الذمة . . لم تنفسخ على الصحيح ، وعلى هذا : فإن
خلف تركة . . تتم الوارث العمل منها ؛ لأن العمل لازم له فيقضى من تركته ،

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (أو بماله) .

وَلَوْ ثَبَّتْ خِيَانَةُ عَامِلٍ . . ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ ، فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ . . اسْتَوْجِرَ مِنْ مَالِهِ عَامِلٌ .

وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا . . فَلِلْعَامِلِ عَلَى الْمُسَاقِي أُجْرَةُ الْمِثْلِ .

ولا يجب عليه الوفاء من عينها ، فإن امتنع الوارث . . استأجر الحاكم منها .

وفي معنى التركة نصيبه من الثمرة .

وإن لم يخلف تركة ؛ فإن أتم الوارث العمل بنفسه أو استأجر من ماله من يتم . . فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً مهتدياً إلى أعمال المساقاة ، ويسلم له المشروط ، فإن أبى . . لم يجبر على الصحيح ، ويمكن المالك من الفسخ .

قوله : (ولو ثبتت خيانة عامل . . ضم إليه مشرف ، فإن لم يتحفظ به . . استؤجر من ماله عامل) .

اعلم : أن دعوى المالك الخيانة على العامل لا تقبل حتى يبين قدراً ، فإذا بينه وأنكر العامل . . فالقول قوله بيمينه ، فإن ثبتت خيانتة بيينة أو بإقراره أو بيمين المالك بعد نكوله . . ضم إليه مشرف ، وأجرته في مال العامل على المذهب ؛ لأن سببها خيانتة ، وقيل : على الخلاف في مؤنة الحفظ هل هي على العامل أو عليهما ؟ فإن لم يفد . . استؤجر عليه من ماله - بلا خلاف - من يعمل عنه ؛ لأن العمل مستحق عليه .

قوله : (ولو خرج الثمر مستحقاً . . فللعامل على المساقى أجرة المثل) أي : إذا خرجت الأشجار التي وردت المساقاة عليها مستحقة . . رجع العامل على الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل ؛ لأنه استعمله على عوض ولم يسلم له ، وقيل : لا شيء له ؛ كما لو تلفت بجائحة .

ومحل الخلاف : إذا عمل جاهلاً بالحال ، فإن علم . . فلا شيء قطعاً ،

ويأخذ المالك الأشجار مع الثمار إن كانت باقية ، فإن جفّفاها^(١) ونقصت قيمتها به . . استحق الأرض ، وإن تلفت . . غرم المالك من شاء منهما ، وقرار الضمان في نصيب كل منهما عليه في الأصح .

ولا فرق بين أن يتلف على الشجر ، أو بعد القطاف ، أو في البدر .
وقوله : (ولو خرج الثمر) قال السبكي : وهو أحسن من قول غيره : لو خرج الشجر ؛ لأن الشجر قد يكون للمالك ويوصي بما سيحدث من ثمرته ، والحكم لا يختلف فيما يظهر لنا .

فرعان : نقل في « التتمة » : أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً ، أو تلفت الثمار كلها بجائحة أو غصب . . فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرر به ؛ كما أن عامل القراض يكلف التنضيض مع الخسران ، قال الرافعي : وهذا أشبه مما ذكره في « التهذيب » : أنه إذا هلك الثمار كلها بالجائحة . . يفسخ العقد ، قال البغوي : وإن هلك بعضها . . فإن شاء العامل . . فسخ ، وإن شاء . . أتم العمل ، وأخذ نصيبه^(٢) ، وصرح في الفسخ أو الانفساخ بأنه لا شيء للعامل ؛ لأن حقه في الثمر وقد هلك ، فإن كانت فاسدة . . فحقه في الذمة .

الثاني : إذا اختلفا في القدر المشروط ولا بينة ، أو أقام كل منهما بينة وقلنا بالتساقت - وهو الأصح - تحالفا ، فإذا تحالفا وتفاخا قبل العمل . . فلا شيء للعامل ، وبعده . . له أجره المثل ، والحمد لله على ما علم^(٣) .

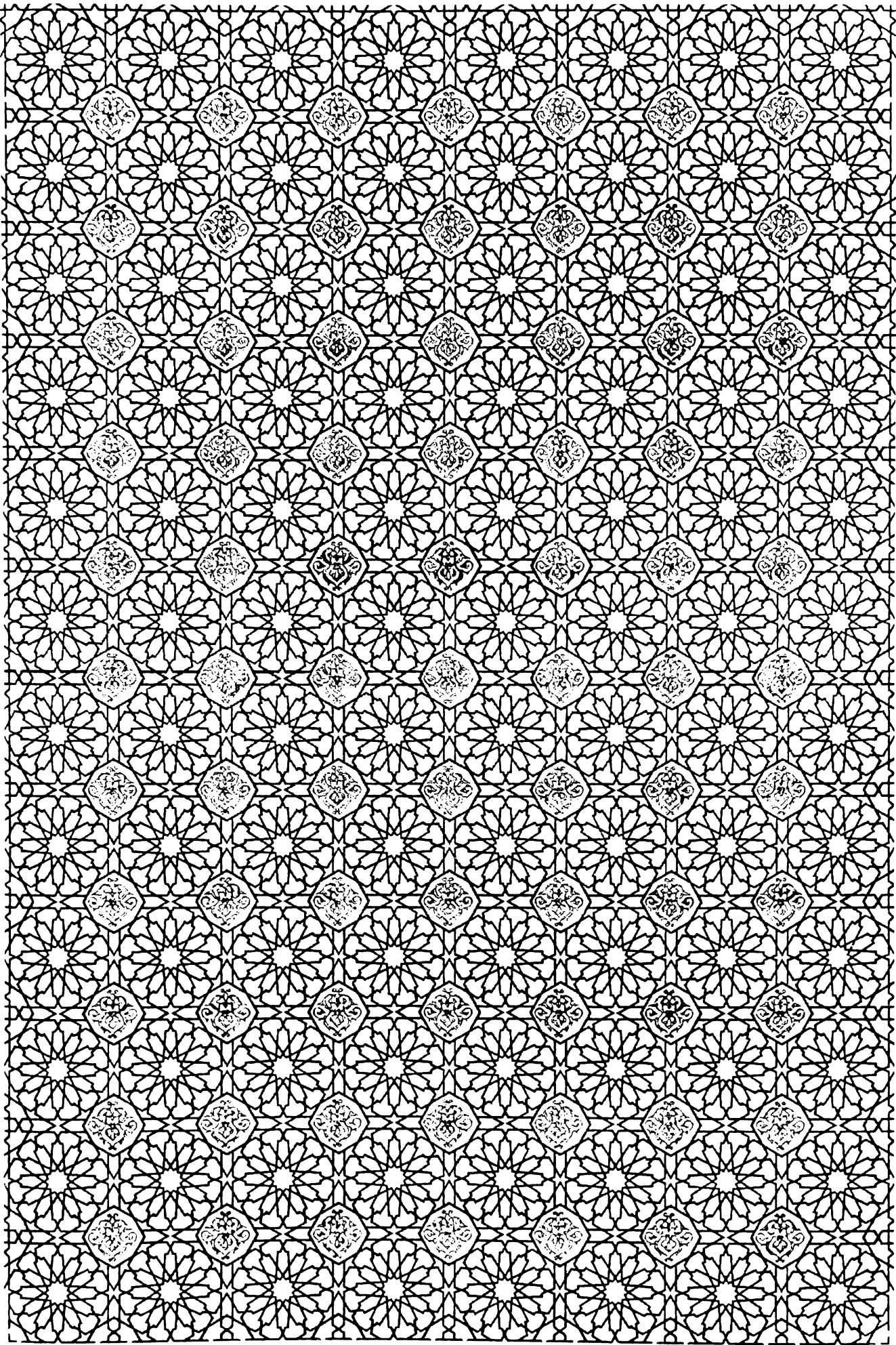
* * *

(١) وفي (أ) : (جفّفاها) ، والمثبت موافق لما في « الشرح الكبير » (٧٥ / ٦) ، و« روضة الطالبين » (٢٤٠ / ٤) .

(٢) الشرح الكبير (٧٤ / ٦) ، التهذيب (٤١٤ / ٤) .

(٣) وفي (أ) : (والله الحمد على ما علم) .

كتاب الإجارة



كِتَابُ الْإِجَارَةِ

شَرْطُهُمَا كَبَائِعَ وَمُشْتَرٍ .

(كتاب الإجارة)

الإجارة اشتهرت في العقد وهي في أصل اللغة : اسم للأجرة ، وهي : كراء الأجير .

والأصل فيها قبل إجماع الصحابة والتابعين : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] قال الشافعي رضي الله عنه : لو لم يكن في الإجارة إلا هذا . . . لكفى^(١) ، وقال في « المهمات » : ليس في الآية تعرض إلى صحة العقد وجواز تعاطيه^(٢) ، قال ابن العماد : قوله خطأ من أوجه ؛ أحدها : أنه خلاف قول المفسرين ، وذكر ستة أوجه .

وعن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَحِفَّ عَرَقُهُ » . رواه ابن ماجه من حديث ابن عمر^(٣) ، والبيهقي وابن عدي من حديث أبي هريرة ، ولفظ البيهقي : « أَعْطِ » بالإفراد ، وابن عدي بالجمع^(٤) ، قال السبكي : وأرجو أن يكون مقارباً لدرجة الحسن .

قوله : (شرطهما كبائع ومشتري) أي : من التكليف والاختيار ؛ لأن

(١) الأم (٤٣/٥ - ٤٤) ، مختصر المزني (ص : ١٧٩) ، وفي (أ) : (كفى) .

(٢) المهمات (١٣٣/٦) .

(٣) سنن ابن ماجه (٢٤٤٣) .

(٤) السنن الكبير (١١٧٦٩) و (١١٧٧٠) بالإفراد ، و (١١٧٦٤) بالجمع ، الكامل

(١٨٤/٥) و (٢٣٢/٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، و (٥٠٠/٤) عن جابر بن عبد الله

رضي الله عنهما .

وَالصَّيْغَةُ : أَجَرْتُكَ هَذَا ، أَوْ : أَكْرَيْتُكَ ، أَوْ : مَلَكَتُكَ مَنَافِعُهُ سَنَةً
بِكَذَا ، فَيَقُولُ : قَبِلْتُ ، أَوْ : اسْتَأْجَرْتُ ، أَوْ : اكْتَرَيْتُ .

الإجارة صنف من البيع .

والضمير للمؤجر والمستأجر وإن لم يتقدم لهما ذكر ؛ لأن الإجارة تدل
عليهما .

وعلم من كلامه : أن إجارة الأعمى لا تصح ؛ لأنه لا يصح بيعه ، وله أن
يؤجر نفسه ؛ كما للعبد الأعمى أن يشتري نفسه ، قاله في البيع من « شرح
المهذب »^(١) .

وأركانها أربعة : العاقدان ، والصيغة ، والأجرة ، والمنفعة ، وقول
« المحرر » : (يعتبر في المؤجر والمستأجر ما يعتبر في البائع والمشتري)^(٢)
أحسن .

قوله : (والصيغة : أجرتك هذا ، أَوْ : أكريتك) أي : هذا ، ولا خلاف
في الانعقاد بهما وإن وجها إلى العين .

قوله : (أَوْ : ملكتك منافعه سنة بكذا ، فيقول : قبلت ، أَوْ استأجرت ،
أَوْ : اكتريت) أشار إلى أن التوقيت وذكر الأجرة والقبول لا بد منه ، وأشار
إلى الفور في القبول بـ (الفاء) .

وما جزم به من الانعقاد بـ (ملكتك منافعه) هو المشهور ؛ لأن الإجارة
تمليك منفعة بعوض .

قال السبكي : ولا خلاف أنه لو قال : ملكتك العين شهراً بكذا . . لا يصح
إجارة ، بل هو بيع فاسد بالتوقيت .

(١) المجموع (٢٨٧/٩ - ٢٨٨) .

(٢) المحرر (٧٥٩/٢) .

وَالْأَصَحُّ : انْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ : أَجَرْتُكَ مَنْفَعَتَهَا ، وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ : بَعْتُكَ مَنْفَعَتَهَا .

وَهِيَ قِسْمَانِ : وَارِدَةٌ عَلَى عَيْنٍ ؛ كإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ .

وَعَلَى الذِّمَّةِ ؛ كاستِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ ، وَبِأَنْ يُلْزَمَ ذِمَّتُهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً .

قوله : (والأصح : انعقادها بقوله : أجرتك منفعتها) أي : وذكر المنفعة ضرب من التأكيد ، والثاني : المنع ؛ لأن لفظ الإجارة إنما يضاف إلى العين التي لها منفعة ، والمنفعة لا منفعة لها فيلغو ، قال السبكي : وهو المختار إلا أن يتفق العاقدان على إرادة معنى الإجارة بذلك ، وأن ذكر المنفعة تأكيد فيحتمل .

قوله : (ومنعها بقوله : بعتك منفعتها) أي : والأصح : أن الإجارة لا تنعقد بقوله : بعتك منفعة هذه الدار شهراً بكذا ؛ لأن البيع موضوع لتملك الأعيان فلا يستعمل في المنافع .

والثاني : يصح ؛ نظراً إلى المعنى ، فإن الإجارة بيع المنافع وقرينة المنفعة اقتضت صرفه إلى الإجارة ، واختاره السبكي ، قال : ولا خلاف أنه لو قال : بعتك هذه الدار شهراً بكذا . . أنه باطل .

قوله : (وهي قسمان : واردة على عين ؛ كإجارة العقار ودابة أو شخص معينين ، وعلى الذمة ؛ كاستئجار دابة موصوفة ، وبأن يلزم ذمته خياطة أو بناء) .

اعلم : أن إجارة العقار لا تكون إلا إجارة عين ؛ لأنها لا تثبت في الذمة ، ولهذا لا يُسَلَّمُ فيه ، وإجارة الدابة والشخص تكون على العين وعلى الذمة .

وَإِنْ قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ كَذَا . . فِإِجَارَةُ عَيْنٍ ، وَقِيلَ : ذِمَّةٌ .
وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ : تَسْلِيمُ الْأُجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ ،

وإجارة الذمة قد تكون بلفظ الإجارة ؛ كأجرتك دابة صفتها كذا ، أو :
عبداً صفتها كذا ، وقد تكون بغيره ؛ كقوله : ألزمت ذمتك خياطة أو بناء بهذه
الدراهم ، أو : أسلمت إليك هذه الدراهم في خياطة كذا أو بناء كذا ، أو :
أسلمت إليك هذه الدراهم في دابة صفتها كذا تحملني إلى موضع كذا ، أو :
في عبد صفتها كذا يبني لي كذا .

ولا بد من ذكر الحمل أو البناء ونحوهما ؛ لينفصل عن حقيقة السلم في
الأعيان .

قوله : (وإن قال ^(١) : استأجرتك لتعمل كذا . . فإجارة عين) للإضافة إلى
المخاطب ؛ كما لو قال : استأجرت هذه الدابة ، (وقيل : ذمة) لأن
المقصود حصول العمل من جهة المخاطب ، فعلى هذا إنما تكون إجارة عين
إذا قال : استأجرت عينك ، أو : نفسك لكذا ، فإن قال : ألزمتك أن تعمل لي
كذا . . فيحتمل أن يقال : إنه إجارة عين ، وهو الأقرب ، قاله السبكي .

قوله : (ويشترط في إجارة الذمة : تسليم الأجرة في المجلس) لأنها
عقدت بلفظ الإجارة ، والأصح عند الأكثرين : أنها سلم ؛ نظراً إلى المعنى ،
فيشترط تسليم الأجرة في المجلس ، ويمتنع تأجيلها ، والاستبدال عنها
والحوالة بها وعليها ، والإبراء .

ويجري الوجهان في جواز أن تكون جزافاً .

ولا يجوز أن يعتاض عن العمل المستحق ، ولا يؤجر من غيره ، ولا تتقرر
الأجرة إلا بالعمل .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (ولو قال) .

وإِجَارَةُ الْعَيْنِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا ، بَلْ يَجُوزُ التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي
الذِّمَّةِ ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ . . تَعَجَّلْتُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً . . مُلِكْتُ فِي الْحَالِ .
وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْأَجْرَةِ مَعْلُومَةً ، فَلَا تَصِحُّ بِالْعِمَارَةِ وَالْعَلْفِ ،

وإن عقدت بلفظ السلم فالمشهور : القطع بهذه الأحكام .

قوله : (وإجارة العين لا يشترط ذلك فيها) أي : في صحتها (بل يجوز
التعجيل^(١) والتأجيل إن كانت في الذمة ، وإذا أطلقت . . تعجلت ، وإن كانت
معينة . . ملكت في الحال) أي : بنفس العقد ؛ كما يملك المستأجر المنفعة
بنفس العقد ؛ كثمن المبيع ؛ للإتفاق على تعجلها بالشرط ، وجواز ضمانها ،
والإبراء منها ، والشراء بها ، وجعلها صداقاً وحل الوطاء لو كانت جارية .

وقال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله : تملك شيئاً فشيئاً ، إلا أن المطالبة
كل لحظة تعسر ، فضبطها أبو حنيفة باليوم ، وقال : كل ما مضى يوم . . طالب
بأجرته ، وهو رواية عن مالك .

قوله : (ويشترط كون الأجرة معلومة) أي : قدرأ وصفة ؛ كالثمن ؛ لأن
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره . رواه
البيهقي^(٢) ، وتكفي رؤية المعينة عن معرفة قدرها على المذهب ، فلو قال :
اعمل كذا لأرضيك ، أو : أعطيك شيئاً ، وما أشبهه . . فسد العقد ، وإذا
عمل . . استحق أجرة المثل .

قوله : (فلا تصح بالعمارة والعلف) أي : إذا استأجر الدار بعمارته أو
الدابة بعلفها . . لم يصح .

والعلف بفتح اللام : ما يعلف به ، وبالإسكان المصدر .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (ويجوز فيها التعجيل) .

(٢) السنن الكبير (١١٧٦٢) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَلَا لِيَسْلَخَ بِالْجِلْدِ ، أَوْ يَطْحَنَ بِيَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ ،

ولو استأجر أجيراً بنفقته وكسوته . . فسد ، وبرطل من خبز كل يوم . . لم يجز عند العراقيين ، ويجوز عند القاضي حسين .

ولو استأجر الأرض بخراجها أو بمؤنتها . . لم يجز ، ولو استأجر الدار بدراهم معلومة على أن يعمرها ولا يحسب ما أنفق . . لم يجز ، وكذا لو أجرها بدراهم معلومة على أن يصرفها إلى العمارة ؛ لأن الصرف والعمل فيه مجهول ، ثم إذا صرفها إلى العمارة . . رجع بها ، قاله الرافعي^(١) ، قال السبكي : القول بالرجوع مشكل ، لكن إن كان هناك أعيان ؛ كحجر ونحوه . . أخذه المستأجر ، وأما ما صرفه في أجرة ونحوها . . فيفوت عليه .

ولو استأجر الدار بدراهم معلومة بغير شرط ، ثم أذن له في الصرف إلى العمارة وتبرّع به المستأجر . . جاز بلا خلاف .

قوله : (ولا ليسلخ بالجلد ، أو يطحن^(٢) ببعض الدقيق أو بالنخالة) أي : لا يصح جعل هذه الأشياء وما أشبهها أجرة ؛ للجهالة ، فإن الجلد قبل السلخ لا تعرف ثخنته من غيرها ، والدقيق قبل الطحن لا تعرف نعومته أو خشونته ، والنخالة كذلك ، فإن عمل . . استحق أجرة المثل ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عصب الفحل وعن قفيز الطحان . رواه الدارقطني والبيهقي وغيرهما عن أبي سعيد الخدري^(٣) ، قال السبكي : وسنده جيد .

وفسر : بأن يستأجر رجلاً ليطحن حنطة معلومة بقفيز من دقيقها ، وعن ابن المبارك : أن يقول : اطحن بكذا وزيادة قفيز من نفس الطحن ، فالقفيز في

(١) الشرح الكبير (٨٤ / ٦ - ٨٥) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ويطحن) .

(٣) سنن الدارقطني (ص : ٦٣٦) ، السنن الكبير (١٠٩٥٨) .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقًا بَعْضُهُ فِي الْحَالِ . . جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ .
وَكَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مُتَقَوِّمَةً ،

الأول كل الأجرة ، وفي الثاني : بعضها .

قوله : (ولو استأجرها لترضع رقيقاً ببعضه في الحال . . جاز على الصحيح) ومثله إذا استأجر قاطف الثمار بجزء منها على رؤوس الشجر ، أو كان الرقيق لرجل وامرأة فاستأجرها لترضعه بجزء منه أو بغيره فإنه يجوز على الصحيح ؛ كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر . . يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك ، وقيل : لا يجوز ، ونقله الإمام والغزالي عن الأصحاب^(١) ؛ لأن عمل الأجير لا بد أن يكون في خاص ملك المستأجر ، وهو المنصوص ؛ كما قاله السبكي ، قال : والتحقيق في الترجيح : أنه إن كان الاستئجار على الجميع . . لم يجز ، ويحمل النص عليه ، وإن كان على حصة المستأجر فقط . . جاز إذا كان العقد مع الشريك أو بإذنه ، ويحمل عليه تصحيح الرافعي^(٢) ، وعند الإطلاق والاحتمال يفسد .

قال^(٣) : واحترز بقوله : (في الحال) : عما إذا استأجرها ببعضه بعد الفطام . . فلا يصح قطعاً .

فرع : لو استأجره بربع هذه الحنطة أو بصاع منها ليطحن الباقي . . قال البغوي والمتولي : يصح ، ثم يتقاسمان قبل الطحن ، فيأخذ الأجرة ويطحن الباقي^(٤) ، قال المتولي : وإن شاء . . طحن الكل والدقيق مشترك بينهما .

قوله : (وكون المنفعة متقومة) يعني : ويشترط أن يكون للمنفعة قيمة

(١) نهاية المطلب (٧٦ / ٨) ، الوسيط (٣٦٠ / ٢) .

(٢) المحرر (٧٦١ / ٢) ، الشرح الكبير (٨٨ / ٦) .

(٣) أي : السبكي .

(٤) التهذيب (٤٢٩ / ٤) .

فَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ بَيْعٍ عَلَى كَلِمَةٍ لَا تُتَعَبُ وَإِنْ رَوَّجَتِ السَّلْعَةُ ، وَكَذَا دَرَاهِمُ
وَدَنَانِيرُ لِلتَّرْزِينِ ، وَكَلْبُ الصَّيْدِ فِي الْأَصَحِّ .

يحسن بذل المال في مقابلتها ، وسقوط القيمة إما لتحريمها وإما لخسستها وإما
لقلتها .

وأشار إلى هذا بقوله : (فلا يصح استئجار بيع على كلمة لا تتعب وإن
روجت السلعة) أي : وإن حصل بها نفع ، قال الرافعي : وإن تعب بكثرة
التردد أو كثرة الكلام في أمر المعاملة . . فله أجره المثل ، لا ما تواطأ عليه
البيّاعون^(١) .

قوله : (وكذا دراهم ودنانير للتزيين) لأنها منفعة تافهة لا يضمن
بالغصب ، وهذا هو الأصح ، والثاني : يصح ؛ لأنها منفعة يقصدها
الصيارفة ، ومحلهما إذا عين المنفعة ، فإن أطلق . . لم يصح بلا خلاف ،
ولا يكون قرضاً عندنا .

وقطع الأكثرون بطلان استئجار الثمر والحنطة والشعير للتزيين .

قوله : (وكلب الصيد^(٢)) أي : إذا كان معلماً (في الأصح) أي : في
المسألتين ، وكذا الماشية أو حرث^(٣) ؛ لأنه لا قيمة لعينه ، فكذلك لمنفعته ؛
لأن اقتناؤه لهذه المنافع إنما يجوز للحاجة .

والثاني : الجواز ؛ لأنها منفعة مقصودة ؛ كاستئجار الفهد والبازي
والشبكة للصيد ، والهرة للفقارة ، واختاره الإمام والرويان^(٤) وابن

(١) الشرح الكبير (٩٠ / ٦) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وكلب لصيد) .

(٣) قوله : (أو حرث) كذا في (أ) و (ب) .

(٤) نهاية المطلب (٧١ / ٨) ، بحر المذهب (٩٠ / ٥) .

أبي عصرون ، وبناهما الماوردي على الوجهين في أن منفعة الكلب مملوكة أو مستباحة^(١) .

فرع : استئجار الأشجار لثمرها باطل ؛ كاستئجار الأغنام لنسلها ودرها ؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة ، وهذا في الحقيقة بيع أعيان معدومة ومجهولة .

أمّا استئجارها لنشر الثياب عليها ، وربط الدواب بها ، والوقوف في ظلها . . فصحيح في الأصح ، قال السبكي : محل الخلاف في الاستئجار للاستظلال إذا كانت الأرض للمستأجر لكنه يحتاج إلى لِيّ الأغصان فاستأجرها لذلك^(٢) ، فإن كانت الأرض لمالك الشجر وقد أدخلها في الإجارة . . لم يتجه خلاف ، وإن لم يكن إلا مجرد الاستظلال . . فهو جائز من غير إجارة ، فإن قصد الاستئجار ليمنع المالك من القطع . . احتمل أن يجوز ، وهو مقتضى كلام « الكفاية »^(٣) ، واحتمل ألا يجوز ، وهو الأقرب ؛ لأن حقيقة الإجارة بذل المال في مقابلة المنفعة .

آخر : يجوز أن يؤجر ما استأجره بعد قبضه بمثل ما استأجر وبأقل وبأكثر ، أما قبل قبضه . . فالأصح : المنع ، وعلى هذا : الأصح عند المصنف : صحة إجارته من المؤجر^(٤) .

تنبيه : ضابط العين التي يرد عليها عقد الإجارة : كل عين ينتفع بها مع بقاء

(١) الحاوي الكبير (١١٧ / ٨) .

(٢) وفي « كفاية النبيه » (٢١٠ / ١١) : (إذا كان ظلّ الأشجار لا يصل إلى الموضع الذي يراد الاستظلال فيه إلا بإمالتها فيستأجرها ليميلها لأجل الاستظلال) .

(٣) كفاية النبيه (٢١٠ / ١١) .

(٤) روضة الطالبين (٣٢٥ / ٤) .

وَكَوْنُ الْمُؤَجَّرِ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِهَا ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ
وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ ، وَأَرْضٍ لِلزَّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا دَائِمٌ ، وَلَا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ
الْمُعْتَادُ ،

عينها منفعة مباحة مملوكة معلومة مقصودة تضمن بالبدل وتباح بالإباحة ، فمتى
اجتمعت .. جازت الإجارة ، ومتى انتفى بعضها .. فقد تبطل قطعاً ، وقد
يجيء خلاف .

واحترزنا بقولنا : (تضمن بالبدل) عن الكلب وجلد الميتة ، وبقولنا :
(تباح بالإباحة) عن منفعة البضع ، وبقولنا : (مملوكة) عن منفعة الكلب ،
فإنها مباحة غير مملوكة على ما قاله الشيخ أبو حامد .

قوله : (وكون المؤجر قادراً على تسليمها) أي : يشترط في المنفعة أن
يكون مقدوراً على تسليمها (فلا يصح استئجار آبق ومغصوب) أي : كما
لا يصح بيعهما ، وقياس ما ذكره في البيع : صحة إجارة المغصوب من
الغاصب ومن غيره إذا قدر على انتزاعه إذا لم تتأخر المنفعة عن العقد ، ذكره
السبكي .

قوله : (وأعمى للحفظ) أي : حفظ المتاع الذي يحتاج إلى النظر ،
والأخرس للتعليم ، وهذا إذا كانت إجارة عين ، فإن كانت على الذمة ..
صحت ؛ لإمكانه بغيره .

وفي التمثيل بالأعمى والأخرس نظر ؛ لأن منفعتهما مفقودة ، فنظيرها بيع
المعدوم ، لا بيع الموجود الذي لا يقدر على تسليمه .

قوله : (وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد)
يعني : أن استئجار الأرض التي لا ماء لها ولا تكفيها الأمطار للزراعة
لا تصح ؛ لأنها منفعة غير مقدور عليها ، وإمكان الحصول غير كافٍ ، سواء

وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ ، وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثَّلُوجِ الْمُجْتَمِعَةِ ، وَالْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي الْأَصَحِّ .

وَالْامْتِنَاعُ الشَّرْعِيُّ كَالْحِسِّيِّ ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ لِقْلَعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ ،

صرح مع ذكر الزراعة بأنها لا ماء لها ، أو لا ، فإن قال : لا ماء لها ، ولم يقل : للزراعة . . صح قطعاً ، وفرضه الماوردي فيما إذا قال : لتصنع بها ما شئت غير البناء والغراس^(١) ، فإن حصل سيل نادر أو مطر عظيم ، أو حفر بئراً ونحوه وزرع . . لم يمنع ، وكذا إن زرع على توقُّع ذلك ، وإن أطلق ؛ فإن كانت بحيث يطمع في سوق الماء إليها . . لم يصح ، وإن لم تكن كذلك . . صح في الأصح ، وتكفي هذه القرينة صارفة ، ولا تقوم علم المتعاقدين بعدم الماء مقام التصريح بنفيه على الأصح .

واحترز بقوله : (للزراعة) : عما إذا استأجرها للسكنى ، فإنه يجوز ، سواء كانت في محل يصلح له ، أم لا ؛ كالمفاضة .

قوله : (ويجوز إن كان لها ماء دائم) أي : من نهر أو بئر أو عين ؛ لأن الغالب دوام مائها (وكذا إن كفاها المطر المعتاد ، أو ماء الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصح) لأن الظاهر حصول المقصود والقطع لا يشترط ، والثاني : لا يجوز ؛ للعجز في الحال والماء المستقبل قد لا يحصل ، أو يحصل في وقت لا يمكن الزرع فيه .

قوله : (والامتناع الشرعي كالحسي ، فلا يصح استئجار لقلع سن صحيحة) لامتناع تسليمها شرعاً إلا أن يجب ؛ كما في القصاص فيصح ، وكذا كل عضو سليم من آدمي وغيره .

وقلع السن الوجعة إنما يجوز إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة : إنه يزيل

(١) الحاوي الكبير (٩ / ٢٢٣ - ٢٢٤) .

وَلَا حَائِضٍ لِحِدْمَةِ مَسْجِدٍ ، وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرِضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ عَلَى الْأَصَحِّ .

الألم ، وقطع اليد المتأكلة إنما يجوز إذا قالوا : إنه نافع ، فحيث يجوز . . يصح الاستئجار في الأصح ، فإن برئ . . انفسخت الإجارة على المذهب ، وإن لم يبرأ لكن المستأجر امتنع من القلع . . قال في « الشامل » : لا يجبر عليه ، إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه ومضى مدة إمكان العمل . . وجب على المستأجر الأجرة ، وقال القاضي أبو الطيب : لا تستقر ، وعلى هذا قال الرافعي : يرفع الأمر إلى الحاكم ؛ ليجبره عليه^(١) ، قال ابن العماد : الصواب : يجبره إما على التسليم أو دفع الأجرة .

قوله : (ولا حائض لخدمة مسجد) أي : سواء أمنت التلويث أم لا ، منعناها العبور أم لا ؛ لأن الخدمة تقتضي مكثاً ، وكذا الكنس ، فلو استأجرها مدة غير حائض ، فحاضت . . انفسخ العقد إن استأجر عينها وعينت المدة ، فلو دخلت وكنست . . عصت ، ولم تستحق الأجرة ، وإن استأجر في الذمة . . لم ينفسخ ؛ لإمكان الكنس بغيرها أو بعد الحيض .

قوله : (وكذا منكوحة لرضاع أو غيره) أي : مما لا يؤدي لخلوة محرمة (بغير إذن الزوج في الأصح) لأن أوقاتها مستغرقة بحق الزوج فلا تقدر على توفية ما التزمته ، والثاني : يجوز ؛ لأن محله غير محل النكاح ؛ إذ لا حق له في لبنها وخدمتها ، وعلى هذا : فللزوج فسخه كيلاً يختل حقه . وهذا في منكوحة غيره ، أما زوجته . . فله استئجارها لغير إرضاع ولده ، وكذا له في الأصح ، ولو استأجرها بعد البيونة . . جاز بلا خلاف .

واحترز بقوله : (بغير إذن الزوج) : عما لو أذن ، فيصح بلا خلاف ؛ لأن

(١) الشرح الكبير (١٧٦/٦) .

وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ؛ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ الْحَمْلَ إِلَى مَكَّةَ
أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا .

المنع كان لحقه ، ويلزمه تمكينها من العمل .

وهذا في إجارة العين ، فإن التزمت عملاً في الذمة . . صح وإن لم يأذن ،
قال في « الوسيط » : ثم إن وجدت فرصة وعملت بنفسها . . استحققت
الأجرة^(١) .

ولو أجرت نفسها ولا زوج لها ، ثم نكحت في المدة . . فالإجارة بحالها ،
وليس للزوج منعها من توفية ما التزمته إذا كان عالماً ؛ كما لو أجرت نفسها
بإذنه ، لكن يستمتع بها في أوقات فراغها ، أما إذا كان جاهلاً . . فله الخيار ؛
لفوات الاستمتاع عليه بالنهار ، حكاه في « المهمات » عن « الحاوي » في
(النفقات)^(٢) ، قال ابن العماد : وإذا لم يفسخ واستمتع ليلاً . . فلا نفقة ؛
كالأمة .

والأصح : أنه ليس لولي الطفل المرضع منعه^(٣) من الوطء .

وهذا في الحرية التي تملك منافع نفسها لا العتيقة الموصى بمنافعها أبداً ،
أما الأمة . . فيجوز للسيد أن يؤجرها من غير إذن الزوج ، وليس له منعها من
المستأجر ؛ لأن يده يد السيد في الانتفاع .

قوله : (ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة ؛ كألزمت ذمتك الحمل إلى
مكة أول شهر كذا) كما لو أسلم في شيء مؤجلاً ، وإن أطلق . . كان حالاً .

وكان الأولى : أن يمثل بغرة شهر كذا ؛ فإن التأجيل بأول شهر كذا نقل

(١) الوسيط (٣٦٣ / ٢) .

(٢) المهمات (١٤٣ / ٦) .

(٣) أي : منع الزوج . هامش (ب) .

وَلَا تَصِحُّ إِجَارَةٌ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ ، فَلَوْ أَجَرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ
الْأُولَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا . . جَازَ فِي الْأَصَحِّ .

الرافعي في (السلم) : بطلانه عن عامة الأصحاب^(١) ، قال السبكي : واخترنا
في (كتاب السلم) : أنه تأجيل صحيح .

قوله : (ولا تصح إجارة^(٢) عين لمنفعة مستقبلية) كإجارة الدار السنة
القابلة ، أو سنة ابتداؤها من الغد ؛ قياساً على البيع ، فإنه لو باع على أن يسلم
بعد شهر . . لم يصح .

قوله : (فلو أجر) أي : المالك (السنة الثانية لمستأجر الأولى قبل
انقضائها . . جاز في الأصح) لاتصال المدتين ؛ كما لو أجر منه السنتين في
عقدٍ واحدٍ ، ونسب إلى النص ، قال الرافعي : ولو انفسخ الأول . . لم يقدر
في الثاني^(٣) .

والثاني : لا يجوز ؛ قياساً على إيجارها من غيره ، وصححه الجويني
والإمام والغزالي^(٤) .

قال الزركشي : وحكى البغوي الخلاف قولين^(٥) ، وقال القاضي حسين
والبغوي : إذا أجرها المالك من المستأجر بعد خروج منفعتها عنه . . لم يجز ،
وإن أجرها للذي استأجرها من المستأجر . . جاز ؛ لأنها في يده واتصال
مدته .

وفي « فتاوي القفال » : عكسه ؛ لأن المعبر عنده اتحاد العاقلين ليصيرا

(١) لأن اسم (الأول) يقع على جميع النصف . الشرح الكبير (٤٠٠ / ٤) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ولا تجوز إجارة) .

(٣) الشرح الكبير (٩٦ / ٦) .

(٤) نهاية المطلب (٩٧ - ٩٨) ، الوسيط (٣٦٢ / ٢) .

(٥) التهذيب (٤٣٢ / ٤) .

وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الْأَصَحِّ ، وَهُوَ : أَنْ يُؤْجَرَ دَابَّةٌ رَجُلًا لِيَرْكَبَهَا
بَعْضَ الطَّرِيقِ ، أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَذَا أَيَّامًا وَذَا أَيَّامًا وَيُبَيِّنَ الْبَعْضَيْنِ ، ثُمَّ
يَقْتَسِمَانِ .

بإجارة المدة الثانية كأنهما عقدا على المدين معا ، وهو الذي يفهمه إطلاق
الكتاب ، لكن عبارة « الشرح » و « الروضة » تقتضي موافقتهما^(١) .

ولو قال : أجرتك سنة فإذا انقضت فقد أجرتك سنة أخرى . . لم يصح في
الأصح .

قوله : (ويجوز كراء العقب في الأصح ، وهو : أن يؤجر دابة رجلاً
ليركبها بعض الطريق ، أو رجلين ليركب هذا أياماً وذا أياماً ويبين البعضين ، ثم
يقتسمان) يعني : أن الأصح : الجواز في الصورتين ، سواء أكان على العين أم
على الذمة ، وثبت الاستحقاق في الحال ، ويكون التأخير الواقع من ضرورة
القسمة والتسليم فلا يضر .

وقيل : لا يصح فيهما ، وقيل : يصح في الثانية ؛ لاتصال زمن الإجارة
فيها دون الأولى ، وقيل : يصح في الذمة ولا يصح على دابة معينة .

قوله : (ويبين البعضين) يعني : إذا لم يكن عادة مضبوطة ، فإن كان في
ذلك الطريق عادة مضبوطة إما بالزمان ؛ بأن يركب يوماً وينزل يوماً ، أو
بالمسافة ؛ بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً . . حمل العقد عليها .

وإن اختلفا فيمن يبدأ بالركوب . . أقرع بينهما ، وإذا اتفقا على المهايأة . .
فالزمان المحسوب زمان السير .

و (العقب) بضم العين : جمع عقبة وهي : النوبة ، ولا يجوز في غير
البهائم ؛ كما مثل به .

(١) الشرح الكبير (٩٦-٩٧) ، روضة الطالبين (٢٥٧-٢٥٨) .

فصل

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً ، ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ ؛ كَدَارِ سَنَةٍ ،

(فصل)

[في بقية شروط المنفعة وما تقدر به ، وفي شروط الدابة المكتراة ومحمولها]
كان الأولى وضع هذا الفصل قبل قوله : (وكون المنفعة متقومة) كما في « المحرر » ليستوفي شروط المنفعة في فصل منفرد ، قاله في « التحرير »^(١) .
قوله : (يشترط كون المنفعة معلومة) أي : عيناً وقدرأً وصفة ؛ لأنها بيع ، أما العين . . فلا يجوز أن يؤجر إحدى العينين ، وأما الصفة . . فإجارة العين الغائبة على الخلاف في بيعها ، وأما القدر وهو المقصود هنا . . فلا بد من معرفته ، سواء أكانت إجارة عين أم ذمة .
ويستثنى من هذا : جواز دخول الحمام بأجرة ؛ فإن المصنف حكى في « شرح المذهب » في (باب بيع الغرر) : الإجماع عليه مع اختلاف أحوال الداخلين في استعمال الماء والمكث^(٢) .
قوله : (ثم تارة تقدر بزمان ؛ كدار سنة) .

اعلم : أنه لا طريق إلى التقدير في العقار إلا بالزمان ، فإذا قال : أجرتك سنة أو شهراً . . صح في الأصح ، وحمل على ما يتصل بالعقد ، وقيل : يشترط أن يقول : من الآن ، فلو قال : أجرتك شهراً من هذه السنة . . لم يصح ؛ للإيهام ، إلا أن يكون الباقي من السنة شهراً فقط فيحمل عليه قاله في « التهذيب »^(٣) .

(١) تحرير الفتاوي (٢٦٧/٢) .

(٢) المجموع (٢٤٦/٩) .

(٣) التهذيب (٤٣١/٤ - ٤٣٢) .

وَتَارَةً بِعَمَلٍ ؛ كَدَابَّةٍ إِلَى مَكَّةَ ، وَخِيَاطَةَ ذَا الثُّوبِ ،

ولا خلاف في صحة قوله : أجرتك سنة من الآن كل شهر بدرهم ، وفي قوله : أجرتك هذه السنة كل شهر بدرهم ، فإن قال : أجرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم . . فالمشهور : البطلان في الجميع ، وإن قال : كل شهر بدرهم ، من غير تقييد بسنة . . فهل يصح في الشهر الأول أو يبطل في الجميع ؟ وجهان .

قوله : (وتارة بعمل ؛ كدابة إلى مكة ، وخياطة^(١) ذَا الثوب) قسم الأصحاب رحمهم الله المنافع إلى ما يقدر بالمدة فقط ؛ كالسكنى والرضاع ، وإلى ما يقدر بالعمل فقط ؛ كالركوب إلى الموضع الفلاني ، وإلى ما يتقدر بهما فيقدر بأحدهما ، واستئجار الدابة والشخص من هذا ، فإذا استأجر عينه ؛ ليخيط هذا الثوب . . جاز ، أو ليخيط شهراً . . قال أكثرهم : يجوز ، ويجب أن يبين الثوب وما يريد منه من قميص أو قباء أو سراويل ، والطول والعرض وسن الخياطة^(٢) ، إلا أن تطرد عادة فيحمل المطلق عليها .

فلو قال : ألزمت ذمتك عمل الخياطة يوماً أو شهراً . . قال القاضي أبو الطيب والمتولي : لا يصح ؛ لأنه لم يعين عاملاً ولا محلاً للخياطة ، وصرح القفال في « فتاويه » بأنه إن قال : ألزمت ذمتك خياطة قميص من عشرة أذرع كِزْبَاس^(٣) صفته كذا . . فإنه يجوز ؛ إذ لا فرق بين أن يشير إليه أو يصفه ، ولو قال : ألزمت ذمتك حمل مئة من حنطة ووضعه . . جاز ، ولو عين الثوب

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (وكخياطة) .

(٢) وفي « الشرح الكبير » (٦٠٦/٦) ، و« روضة الطالبين » (٢٦٤/٤) : (وأن يبين نوع الخياطة ؛ أهى رومية أو فارسية ؟) ، والرومي بغرزين ، والفارسي بغرزة . روضة الطالبين (٦٥٠/٤) .

(٣) الكِزْبَاس : ثوب غليظ من القطن . المعجم الوسيط (ص : ٧٨١) .

فَلَوْ جَمَعَهُمَا فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيْطَهُ بَيَاضَ النَّهَارِ . لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ .

أو المتاع ، فقال : ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب ، أو : حمل هذا المتاع .
تعين ، حتى لو هلك . . بطل العقد .

قوله : (فلو جمعهما) أي : التقدير بالعمل والزمان (فاستأجره ليخيطه
بياض النهار . . لم يصح في الأصح) كما لا يصح أن يسلم في قفيز وزنه كذا ،
والثاني : يصح ، وهو ظاهر نصه في « البويطي »^(١) .

قال السبكي : وينبغي أن يكون محلها عند الإطلاق ، أو ظهور إرادة
التقدير بالعمل والزمان معاً ، أما إذا قصد العمل وذكر اليوم للتعجيل . .
فيصح ، وكذا إذا كان الثوب صغيراً مما يفرغ في العادة في دون اليوم . . ينبغي
أن يقطع بالصحة فيه ، فإذا قلنا بالصحة . . فوجهان ؛ أصحهما : أنه يستحق
الأجرة بأسرعهما تماماً ، والثاني : أن الاعتبار بالعمل المقصود ، فإن تم قبل
انقضاء اليوم . . وجبت الأجرة ، وإن انقضى اليوم قبله . . وجب إتمامه ، قال
السبكي : والذي يظهر تصحيحه هو الثاني .

وأشار الرافعي إلى وجه ثالث : أن العبرة بالزمان خاصة حتى إذا مضى
اليوم قبل إتمام العمل . . لم يلزمه زيادة ، وإن تم العمل قبل فراغ اليوم . .
خاط بقية اليوم ، ثم فرَّغ عليه : أنه إن شرط في الإجارة أنه إذا فرغ قبل تمام
اليوم لم يخط غيره . . فسدت الإجارة ؛ لأن زمان العمل يصير مجهولاً^(٢) ،
وسقط الثالث من « الروضة » ، وذكر المفرع عليه^(٣) ، فأشكل بين ذلك ابن
العماد .

(١) مختصر البويطي (ص : ٧٨٧) .

(٢) الشرح الكبير (١٠٦/٦) .

(٣) روضة الطالبين (٢٦٤/٤) .

وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ ، أَوْ تَعْيِينِ سُورَةٍ .

قوله : (ويقدر تعليم القرآن بمدة) أي : كسنة مثلاً ، وقيل : لا يكفي بالمدة ، وعلى الأول : هل تدخل الجُمع في المدة ؟ في « البيان » عن شيخه : يحتمل وجهين ؛ كما لو استأجر ظهراً ليركبه في طريق وقد جرت العادة بأن ينزل في البعض هل يلزم المكتري ذلك^(١) ؟ .

تنبيه : قال الزركشي : قياس الرافعي في (الصداق) يقتضي : أنهم لم يريدوا بالقرآن جميعه ، بل ما يسمّى قرآناً ، أما إذا أريد جميعه .. فلا يصح على الأصح ؛ لأن فيه جمعاً بين الزمان والعمل ، فكان ينبغي للمصنف تنكيره ، فإن الشافعي نص في (باب التدبير) على أن (القرآن) بالالف واللام لا يطلق إلا على جميعه^(٢) .

قوله : (أو تعيين سورة)^(٣) أي : كاملة ، فإن لم تكن كاملة .. اشترط تعيين الآيات في الأصح ؛ كقوله : عشر آيات من أولها مثلاً .

ولا يشترط تعيين القراءة ؛ كنافع وأبي عمرو على الأصح ، فلو عين قراءة .. وجب التعليم بها ، فلو علم بغيرها .. فقليل : يجب أجرة المثل ، وقيل : لا يجب شيء .

قال الرافعي : وإنما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن لمسلم أو كافر يرجى إسلامه ، وإذا كان المستأجر على تعليمه يتعلم الشيء ثم ينساه .. فهل على الأجير إعادة التعليم ؟ فيه أوجه ؛ أصحها : أن الرجوع فيه إلى العرف^(٤) .

(١) البيان (٣٢٥ / ٧) .

(٢) الأم (٣٢٣ / ٩) .

(٣) قول المتن : (سورة) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (سور) بالجمع .

(٤) الشرح الكبير (١٠٧ / ٦) .

وَفِي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ الْمَوْضِعَ ، وَالطُّوْلَ ، وَالْعَرْضَ ، وَالسَّمَكَ ، وَمَا يُبْنَى بِهِ
إِنْ قُدِّرَ بِالْعَمَلِ .

وَإِذَا صَلَحَتِ الْأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغَرَّاسٍ . . اشْتُرِطَ تَعْيِينُ الْمَنْفَعَةِ ، .

قال السبكي : وفي (الصداق) مسائل يأتي قياسها هنا ؛ منها : يشترط
علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فإن لم يعلماه . . وكلا^(١) .

قوله : (وفي البناء يبين الموضع ، والطول ، والعرض ، والسماك ،
وما يبني به إن قدر بالعمل) أشار إلى أن البناء يجوز أن يقدر بالزمان وأن يقدر
بالعمل ، فقوله : (إن قدر بالعمل) عائد إلى جميع ما تقدم .
أما إذا قدر بالزمان . . فلا يحتاج إلى بيان شيء من ذلك .

وقوله : (الموضع) أي : موضع الجدار ، والطول هو : الابتداء من
إحدى الزاويتين إلى الأخرى ، والعرض : ما بين أحد وجهي الجدار إلى
الآخر ، والسماك بفتح السين : الارتفاع .

وأما تعيين ما يبني به من آجرٍ ولبنٍ وغيرهما . . فهو إذا لم يحضر الآلات ،
فإن حضرت . . فمشاهدتها كافية .

قوله : (وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغراس . . اشترط تعيين
المنفعة) لأن منافع هذه الجهات مختلفة ، وكذا ضررها اللاحق بالأرض ،
فوجب التعيين ، فإن كانت جهة الانتفاع واحدة . . كفى الإطلاق ؛ كأرض
الأحكار^(٢) فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين يغلب فيها الغراس .

(١) أي : وكلا من يعلمه . راجع « تحفة المحتاج » (٦ / ٢٥٤) .

(٢) الموجودة بمصر . حاشية الشبراملسي (٤ / ٤٠٧) .

وَيَكْفِي تَعْيِينَ الزَّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ : لَتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْتَ . . صَحَّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ . . فَازْرَعْ ، وَإِنْ شِئْتَ . . فَاغْرِسْ فِي الْأَصَحِّ .

قوله : (ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الأصح) أي : سواء قال : أجرتكها للزراعة ، أو : لتزرعها ؛ لأن الإطلاق يفهم التخيير في مثله ، والثاني : لا يكفي .

وعلى الأصح : له أن يزرع ما شاء ؛ لإطلاق اللفظ ، وحكى الخوارزمي وجهاً : أنه لا يزرع إلا أخف أنواع الزرع ، وأورده الرافعي بحثاً^(١) ، وعلى الثاني : الإجارة فاسدة .

قوله : (ولو قال : لتنتفع بها بما شئت . . صح) أي : على المشهور ، وله أن يصنع بها ما شاء ؛ لرضاه ، ومثله لو قال : لتزرعها ما شئت ، وفي كل منهما وجه بالفساد .

قوله : (وكذا لو قال : إِنْ شِئْتَ . . فَازْرَعْ ، وَإِنْ شِئْتَ . . فَاغْرِسْ فِي الْأَصَحِّ) كما لو قال : انتفع كيف شئت ، والثاني : أنه لا يصح ؛ للإبهام ؛ كما لو قال : بعثك بألفٍ إِنْ شِئْتَ مكسرة وَإِنْ شِئْتَ صحيحة .

وعبارة « المحرر » و« الشرح » : (إِنْ شِئْتَ فَازْرَعْهَا ، وَإِنْ شِئْتَ فَاغْرِسْهَا)^(٢) ، قال السبكي : وهي أحسن ؛ لأن عبارة « المنهاج » تحتل كل الأرض أو بعضها ، قال : وموضوع اللفظ في ذلك يقتضي التخيير بين الأمرين ، وليس له الجمع بينهما وإن لم يتعرضوا له هنا .

ولو قال : ازرعها واغرسها ، أو لتزرعها وتغرسها . . فوجهان ؛ أقربهما

(١) الشرح الكبير (١١٥/٦) .

(٢) المحرر (٧٦٤/٢) ، الشرح الكبير (١١٤/٦-١١٥) .

عند الرافعي وبه قال المزني : أنه لا يصح ؛ لأنه لم يبين كم يزرع وكم يغرس^(١) ، وقد صرح الشافعي رضي الله عنه فيما إذا قال : ازرع بعضها واغرس بعضها . أنه لا يجوز .

والثاني : يصح ، وينزل على النصف فيغرس نصفها ويزرع نصفها ، وله أن يزرع كلها ؛ لأن العدول من الغرس إلى الزرع جائز ، وليس له أن يغرس كلها .

فروع : قوله : أجرتك للغراس من غير تعيين ما يغرس . . مثل قوله : للزراعة من غير تعيين ما يزرع ، فيصح في الأصح ، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره .

ويشترط في استئجار الأرض للبناء : بيان موضعه وطوله وعرضه ، ولا يشترط بيان ارتفاعه على الأصح ، بخلاف ما إذا استأجر سقفاً للبناء عليه ؛ فإنه يشترط جزماً .

وإذا استأجر لزرع معين . . فله زرع وزرع ما ضرره مثله أو دونه ، ولا يزرع ما ضرره فوقه ، وللمالك منعه من زرع ما هو أبطأ إدراكاً ، وهل له منعه من زراعة النوع المعين إذا تأخر وضاق الوقت عن إدراكه . . الأصح من « زوائده » : أنه لا يمنعه ؛ لأنه قد يقصد القصيل^(٢) .

ولو زرع المستأجر للحنطة الذرة ولم يتخصصما حتى حصد الذرة . . فالمذهب : أن المؤجر بالخيار بين المسمى وبدل النقصان الزائد بزراعة الذرة

(١) الشرح الكبير (١١٥/٦) ، مختصر المزني (ص : ١٨٣) .

(٢) روضة الطالبين (٢٨٦/٤) . القصيل : وهو الشعير يجز أخضر ؛ لعلف الدواب . المصباح المنير (ص : ٥٠٦) .

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ مَعْرِفَةُ الرَّائِدِ بِمُشَاهَدَتِهِ أَوْ وَصْفِ تَامٍّ ،
وَقِيلَ : لَا يَكْفِي الْوَصْفُ ،

وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة ، وقيل : قولان .

قوله : (ويشترط في إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدته أو وصف تام) ليتفني الغرر (وقيل : لا يكفي الوصف) أي : وتتعين المشاهدة ، قال الرافعي : أكثر الأصحاب على اعتبار المشاهدة ، لكن إلحاق الوصف التام بها أشبه في المعنى ؛ لأنه يفيد التخمين ؛ كالمشاهدة^(١) .

وتبعه المصنف في ترجيح التخيير بين المشاهدة والوصف بعد نقل الرافعي عن الأكثرين تعين المشاهدة^(٢) ، قال السبكي : ولعله لما اتضح عنده أن الوصف التام في معنى المشاهدة جعله مندرجاً فيما أطلقه الأكثرون . انتهى

ولم يبين المراد بتمام الوصف^(٣) .

وقال ابن الرفعة : محل الخلاف إذا لم يحصل بالوصف علم ، فإن حصل كما إذا استقصى الأوصاف . . ففي « البحر » : أنه يقوم مقام المعاينة^(٤) ، وهو يقوي بحث الرافعي^(٥) ، ويشير إلى معنى التمام .

(١) الشرح الكبير (١١٦/٦) .

(٢) روضة الطالبين (٢٧٣/٤ - ٢٧٤) .

(٣) وفي « مغني المحتاج » (٤٥٨/٣) : (تنبيه : لم يبين المراد بالوصف التام ، فقيل : بأن يصفه بالضخامة أو النحافة - وفي الأصل : الشخانة - ليعرف وزنه تخميناً ، وقيل : يصفه بالوزن ، ولم يرجح شيئاً ، والأرجح : الأول ؛ كما رجحه « الحاوي الصغير ») ومثله في « تحفة المحتاج » (٢٥٩/٦) ، و« نهاية المحتاج » (٢٨٧/٥) .

(٤) كفاية النبيه (٢٣١/١١) .

(٥) أي : السابق آنفاً .

وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا يُرَكَّبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ .

قوله : (وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له) يعني : إن كان للمكتري ما يركب عليه . . يشترط المشاهدة ، ويكفي فيه الوصف وذكر الوزن ؛ لإفادة التخمين ، وقيد في « الروضة » تصحيح اشتراط الوزن والوصف فيما يركب عليه . . بما إذا لم يكن معهود مطّرد ، فإن كان . . كفي الإطلاق ، وحمل على معهودهم^(١) .

وقيل : لا بد من المشاهدة ، وقيل : يكفي الاقتصار على الوزن أو على الوصف ، وقيل : يكفي الإطلاق ، وقيل : يكفي الإطلاق في المحامل المنضبطة ، وفي غيرها لا بد من الوصف .

وإن لم يكن للراكب ما يركب عليه . . فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ، ويركبه المؤجر على ما شاء .

وذكر في « المحرر » مع المحمل : (الزاملة)^(٢) وهو : ما توضع فيه الأمتعة المحمولة ، وهو الغالب في هذا الزمان ، قال في « التهذيب » : إن الزاملة تمتحن باليد ؛ لتعرف خفتها وثقلها^(٣) ، وينبغي أن يكون المحمل في ذلك كالزاملة قاله الرافعي^(٤) .

وفسر الإمام ذكر الشافعي رضي الله عنه للزاملة بأنها : ما يلف من الثياب والأمتعة على ظهر الدابة^(٥) .

(١) روضة الطالبين (٢٧٤/٤ - ٢٧٥) .

(٢) المحرر (٧٦٥/٢) .

(٣) التهذيب (٤٥٨/٤) .

(٤) الشرح الكبير (١١٧/٦) .

(٥) نهاية المطلب (١٢٣/٨) ، مختصر المزني (ص : ١٨٠) ، الأم (٦٧/٥) .

وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ الْمَعَالِيْقِ مُطْلَقًا . فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْهُ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ .

فرع : نقل الزركشي عن « العدة » و« البحر » : إذا شرط المحمل . . فلا بد من بيان كونه مكشوفاً أو مغطى^(١) ، قال : ونقل في « الذخائر » ذلك عن الشيخ أبي حامد وابن الصباغ ، ثم قال : واشترط التغطية ظاهر ، فإن عين . . وجب ، أما كونه مكشوفاً . . فلا يحتاج إليه ، بل إن أطلق . . قال الأصحاب : يجوز ، ويحمل على الكشف .

قوله : (ولو شرط حمل المعاليق مطلقاً . . فسد العقد في الأصح) لاختلاف الناس فيها ، ومنهم من قطع به ، والثاني : يصح ، ويحمل على الوسط .

(والمعاليق) هي : السفرة والإداوة والقدر والقمقمة ونحوها .
وقوله : (مطلقاً) أي : من غير رؤية ولا وصف ، فإن رآها . . صح قطعاً .

قال الزركشي : عبارته توهم : أن الإطلاق مشروط ، وليس كذلك .
وكان اللائق : التعبير بـ (المذهب) كما في « الروضة »^(٢) .
قوله : (وإن لم يشترطه . . لم يستحق) أي : حملها ؛ لاختلاف الناس فيه ، وقيل : إنه كما لو شرط وأطلق .

والخلاف في السفرة والإداوة الخاليتين ، فإن كان في هذه طعام وفي هذه ماء . . فلا بد من رؤيته أو معرفته بالوزن ، ولا حاجة إلى تقدير ما يؤكل منه كل يوم على الصحيح فيهما .

(١) بحر المذهب (١٥٩ / ٧) .

(٢) روضة الطالبين (٢٧٥ / ٤) .

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينُ الدَّابَّةِ ، وَفِي اشْتِرَاطِ رُؤْيَيْهَا الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ ،

قوله : (ويشترط في إجارة العين تعيين الدابة) عبارة « المحرر » : (لا بد في إجارة العين من تعيين الدابة)^(١) قال السبكي : ويمكن حملها على أنها لا تتصور إلا كذلك ، وأما الشرط .. فظاهره : ما يتوقف عليه صحة المشروط ، وذلك يصح هنا إذا أريد بالتعيين ما يقابل الإبهام ، فلو قال : أجرتك إحدى هاتين الدابتين .. لم يصح ، وهي إجارة عين .

والتعيين يطلق تارة في مقابلة الإبهام ، وتارة في مقابلة الموصوف في الذمة ، وبينهما عموم وخصوص من وجه ، فـ (هذه الدابة) معينة من كل وجه ، و (إحدى هاتين الدابتين) معينة من وجه مبهمة من وجه ، قاله السبكي .

وقال الزركشي : يشترط أيضاً قدرتها على المحمول ، فلو ذكر ما لا يقدر على حمله ، أو قال : لتحمل عليها ما شئت .. لم يصح ، قاله في « البيان »^(٢) ، وذكر السبكي ذلك مطولاً من غير عزو .

وقال الزركشي : لم يتعرض لاشتراط الذكورة والأنوثة ولا بد منه على الأصح ؛ يعني : في إجارة العين ، ومقتضى إطلاق « الروضة » : اشتراط ذلك^(٣) ، فإنه يعم الإجارتين إلا أن يقال : لا حاجة إلى اشتراط ذلك في العين ؛ للمشاهدة .

قوله : (وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب) أي : إيجار الغائب

(١) المحرر (٧٦٥ / ٢) .

(٢) البيان (٣١٤ / ٧) .

(٣) روضة الطالبين (٢٧٥ / ٤) .

وَفِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ذِكْرُ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ ، وَالذَّكُورَةِ وَالْأُنْثَى .
 وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ السَّيْرِ كُلِّ يَوْمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ
 مَضْبُوطَةً . . . فَيُنْزَلُ عَلَيْهَا .
 وَيَجِبُ فِي الْإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ الْمُحْمُولُ

كبيعه ، واستئجاره كشرائه ، اتفقوا على ذلك .
 قوله : (وفي إجارة الذمة ذكر الجنس والنوع والذكورة والأنوثة) المراد
 بالجنس : كونها من الإبل أو الخيل ، والنوع : البُخْتِية والعَرَاب .
 وذكر الجنس متفق على اشتراطه وفيما عداه خلاف ، والصحيح :
 الاشتراط ، ويشترط وصف السير على الأصح .
 قوله : (ويشترط فيهما) أي : في إجارة العين وإجارة الذمة (بيان قدر
 السير كل يوم إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة . . . فينزل عليها) إذا كان
 بالطريق منازل مضبوطة وأطلق العقد . . نزل عليها ، وإن شرط خلافها . . اتبع
 المشروط دون المعهود ، وإن لم يكن منازل مضبوطة . . لم يصح حتى يُبين أو
 يقدر بالزمان .

وإذا أراد أحدهما المجاوزة عن المشروط أو النزول دونه ؛ لخوفٍ أو
 خصب . . قال البغوي : لم يكن له ذلك إلا أن يوافقه صاحبه^(١) ، وخالفه
 الرافعي والمصنف بحثاً ، وعبارة المصنف : ينبغي أن يقال : إن غلب على
 الظن حصول ضرر بسبب الخوف . . كان عذراً ، وإلا . . فلا^(٢) .

قوله : (ويجب في الإيجار للحمل أن يعرف المحمول) أي : لاختلاف

(١) التهذيب (٤٦١/٤) .

(٢) الشرح الكبير (١١٨/٦) ، روضة الطالبين (٢٧٦/٤) .

- فَإِنْ حَضَرَ . رَأَاهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ ، وَإِنْ غَابَ . . قُدِّرَ بِكَيلٍ أَوْ وَزْنٍ - وَجِنْسُهُ ، لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةً ذِمَّةً

تأثيره وضرره (فإن حضر . . رآه وامتحنه بيده إن كان في ظرف) أي : تخميناً لوزنه ، فإن لم يكن في ظرف . . كفت رؤيته ، ولا يشترط الوزن في الحالتين .

قوله : (وإن غاب . . قدر بكيل) أي : إن كان مكيلاً (أو وزن) أي : إن كان موزوناً ، قال الرافعي : والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر^(١) .

قوله : (وجنسه) أي : ويجب أن يعرف المكري مع ذلك جنس المحمول ، لأن الحديد يَهْدُ مأخذه^(٢) من الدابة ، ووزنه من القطن يعمها ويتثاقل إذا دخله الريح .

ولو قال : أجزتها لتحمل مئة رطل مما شئت . . جاز في الأصح ، ويكون رضا بأضر الأجناس ، وأغنى عن بيان الجنس .

وقيل : يغني التقدير عن ذكر الجنس وإن لم يقل : مما شئت ، وهذا في التقدير بالوزن ، أما التقدير بالكيل . . فلا يغني عن ذكر الجنس وإن قال : مما شئت على ما صوبه المصنف^(٣) .

قوله : (لا جنس الدابة وصفتها إن كانت إجارة ذمة) لأن المقصود الحمل ، وله صورتان إحداهما : أن يقول : استأجرت منك دابة لأحمل عليها كذا ، ولم يبين أبعير هي أم بغل أم فرس ، والأخرى أن يقول : ألزمت ذمتك حمل كذا ، ففي هذه لا يجب عليه تسليم دابة ، بل يحمله إن شاء على ظهره ،

(١) الشرح الكبير (١٢٠ / ٦) .

(٢) أي : يضغط مكانه ويؤهنه .

(٣) روضة الطالبين (٢٧٧ / ٤) .

إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ زُجَاجًا وَنَحْوَهُ .

فصل

لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِحِجَاهٍ ، وَلَا عِبَادَةٌ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ إِلَّا حَجٌّ وَتَفَرُّقَةٌ زَكَاةٌ .

أو ظهر آدمي غيره ، وفي الأولى يجب أي دابة كانت ولا تتعين ، بل يجوز إبدالها ، قاله السبكي .

قوله : (إلا أن يكون المحمول زجاجاً ونحوه) أي : مما يسرع انكساره ؛ كالخزف ، فلا بد من معرفة حال الدابة ؛ لاختلاف الغرض به ، وكذا إذا كان في الطريق وحل أو طين .

(فصل)

[في منافع لا يجوز الاستئجار لها ، ومنافع يخفى الجواز فيها ، وما يعتبر فيها] (لا تصح إجارة مسلم لجهاد) لأنه وإن لم يتعين عليه إذا حضر الصف . . . تعين ، ولا يجوز أخذ أجره على فرض العين ، وقال الصيدلاني وغيره : يجوز للإمام أن يستأجره ويعطيه أجره من سهم المصالح . ولو كان المسلم عبداً وحضر الصف . . قال القاضي حسين : يتعين عليه ، فعلى هذا يكون كالحر .

أما الذمي . . فيجوز للإمام استئجاره ، والأصح : أنه يشترط بيان المدة ، وقيل : إن ذلك جعالة ؛ لجهالة الأعمال .

قوله : (ولا عبادة تجب لها نية إلا حج^(١) وتفرقة زكاة) الضابط : ما يدخله النيابة . . يجوز الاستئجار عليه ؛ لأنه استئابة ، وما لا . . فلا .

(١) وفي بعض الشروح المطبوعة : (إلا الحج) بالتعريف .

والغزالي رحمه الله أخرج الاستئجار لذلك وما أشبهه بقوله في المنفعة :
 (أن تكون حاصلة للمستأجر) والعبادات لا تقع للمستأجر ، لكنه علل جواز
 استئجار الآحاد للأذان . . بأنه يحصل للمستأجر فائدة معرفة دخول الوقت^(١) ،
 قال الرافعي : قضيته : الاكتفاء بحصول فائدة مّا دون كل الفائدة ، ويلزم منه
 تجويز الاستئجار للإمامة ليحصل للمستأجر فضيلة الجماعة^(٢) .

وأما الحج . . فمستثنى بالشرع ، وتفرقة الزكاة لأجل المالك .

تنبيه : قال الزركشي : لو قال : (يشرع فيها النية) . . كان أحسن ؛ لأن
 المصنف نقل في « شرح المذهب » عن الماوردي : أن الاستئجار لزيارة قبر
 النبي صلى الله عليه وسلم لا يصح^(٣) ؛ لأنه لا تدخلها النيابة ، فإن كانت على
 الدعاء عند القبر الشريف . . جاز ؛ لأن الدعاء تدخله النيابة ولا يضر الجهل
 به .

قال^(٤) : وأشار المصنف بالاستثناء إلى ما تدخله النيابة ، ولو عبر به . .
 لشمّل العمرة ونحوها حتى الأذان ؛ فإنه يصح الاستئجار عليه في الأصح .

فرع : يجب في استئجار الحج والعمرة بيان أنه أفراد أو تمتع أو قران ،
 ولا يجب بيان الأفعال إن كانا يعلمانها ، فإذا استأجر عين شخص للحج قبل
 أشهره . . جاز إذا لم يتأت الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير قبله ، وكان وقت
 خروج الناس ، ولا مانع بالأجير من مرض ، أو بالطريق من خوف أو تراكب

(١) الوجيز (ص : ٢١٨-٢١٩) .

(٢) الشرح الكبير (١٠٤/٦) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٦٢/٥) ، المجموع (١٠٣/٧) .

(٤) أي : الزركشي .

وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيِّتٍ وَدَفْنِهِ ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ،

ثلوج لا يعلم وقت زوالها ، فإن علم . . صح في الأصح في « الوسيط »^(١) .
وكذا لو استأجره في أشهره عند خروج الناس ؛ ليحرم من الميقات . .
يشترط وقوع العقد في زمن خروج الناس من ذلك البلد ، قال البغوي : بحيث
يشتغل عقب العقد بالخروج أو بأسبابه من شراء الزاد ونحوه .
وفي اشتراط تعيين الميقات طرق أصحها على قولين ، أظهرهما : عدم
الاشتراط ، ويحمل على ميقات تلك البلدة ، وتقدم ذلك مفصلاً .
قوله : (ونصح لتجهيز ميت ودفنه) لأنهما من فروض الكفاية المختصة
في الأصل بتركة الميت ، فإن لم تكن . . فحينئذ يجب على الناس القيام بها ،
ولا تعتبر النية فيها .

واحتج لجواز الأجرة على فرض الكفاية . . بعامل الصدقة ؛ فإنها أجرة
عمله على الصحيح ، وإليه يشير الحديث^(٢) .

وذكر الدفن بعد التجهيز من ذكر الخاص بعد العام .

قوله : (وتعليم القرآن) لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ
أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . رواه البخاري^(٣) وإن كان نشر القرآن وإشاعته من فروض
الكفايات ، فلو تعين واحد لتجهيز الميت أو لتعليم الفاتحة . . فالأصح : جواز
الاستئجار ؛ كما أن المضطر يجب إطعامه ويجوز تغريمه .

فروع : الاستئجار للتدريس باطل ، قال الإمام : وتردد الشيخ أبو بكر
الطوسي في الاستئجار لإعادة التدريس قال : ولو عين شخصاً أو جماعة

(١) الوسيط (١٠ / ٢) .

(٢) راجع « السنن الكبير » للبيهقي (١٣٢٩٤) ، (١٣٢٩٥) ، (١٣٢٩٨) ، (١٣٢٨٧) .

(٣) صحيح البخاري (٥٧٣٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعًا ، وَلَا أَحَدِهِمَا فَقَطْ ،

ليعلمهم مسألة أو مسائل مضبوطة . . فهو جائز ، والذي أطلقوه محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلمه وما يعلمه ؛ لأنه فرض كفاية كالجهاد ، وكذلك يمتنع استئجار مقرأ يقرأ على هذه الصورة ، قال : ويحتمل أن يجوز^(١) . انتهى

والاستئجار للقضاء باطل في الأصح ، وإمامة المفروضات باطل ، وكذا للتراويح وسائر النوافل في الأصح .

ونقل العدني عن « المذهب »^(٢) و« الشامل » : إذا جوزنا للولي الصوم عن الميت . . جاز له أن يستأجر عليه .

قوله : (ولحضانة وإرضاع معاً ، ولأحدهما فقط) الحضانة نوعان ؛ صغرى ، وهي : وضعه في الحجر وإقامه الثدي وعصره له ، وهي داخلة في الإرضاع ؛ لأنه لا يمكن إلا بها ، وكبرى ، وهي : ما فسر المصنف^(٣) وهي مراده هنا .

والاستئجار لهما لا خلاف فيه ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] وإذا جاز للإرضاع . . فله مع الحضانة أولى ، وإن استأجر للحضانة ونفى الإرضاع . . قال السبكي : لا يعرف في جوازه خلافاً إلا شيئاً اقتضاه كلام الغزالي في « الوسيط »^(٤) ، وإن استأجر للإرضاع ونفى الحضانة . . فالأصح : الجواز .

(١) نهاية المطلب (١٣ / ١٣ - ١٤) .

(٢) المذهب (٢ / ٦٢٤ - ٦٢٥) .

(٣) أي : كما يأتي قريباً في المتن .

(٤) الوسيط (٢ / ٣٦١) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَسْتَتَبِعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، وَالْحَضَانَةُ : حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي الْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوَهَا .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لهُمَا فَانْقَطَعَ اللَّبْنُ . . فَاَلْمَذْهَبُ : اِنْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الْإِرْضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ .

قوله : (والأصح : أنه لا يستتبع أحدهما الآخر) يعني : إذا استأجر لأحدهما وسكت عن الآخر . . فالأصح : أنه لا يستتبعه ؛ لأنهما منفعتان يجوز إفراد كل منهما بالإجارة فأشبهتاً سائر المنافع ، والثاني : أن كلا منهما يستتبع الآخر ؛ لأنهما لا يتولاهما في العادة إلا امرأة واحدة .

قوله : (والحضانة : حفظ صبي وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ، ودهنه وكحله ، وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها) أي : لحاجة الصبي إليه واقتضاء اسم الحضانة في العرف له .

قوله : (ولو استأجر لهما فانقطع اللبن . . فالمذهب : انفساخ العقد في الإرضاع دون الحضانة) قال الرافعي : إن قلنا : إن الاستئجار لأحدهما يستتبع الآخر ، أو استأجر لهما صريحاً فانقطع اللبن . . فثلاثة أوجه مبنية على ثلاثة أوجه في المعقود عليه في هذه الإجارة ؛ أصحها : أن المعقود عليه كلاهما ؛ لأنهما جميعاً مقصودان ، فعلى هذا : لا يفسخ العقد في الإرضاع ويسقط قسطه من الأجرة ، وفي الحضانة قولاً تفريق الصفقة^(١) .

قال الزركشي : فتعبيره بـ(المذهب) صحيح بالنسبة للحضانة ، لا الرضاع ، فإن هذا من صور التفريق في الدوام وفيه طريقان ؛ أحدهما : قولاً

(١) الشرح الكبير (٦/ ١٢٤) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَجِبُ حَبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَاقٍ وَخِيَّاطٍ وَكَحَالٍ .
 قُلْتُ : صَحَّحَ الرَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي « الشَّرْحِ » الرُّجُوعَ فِيهِ إِلَى الْعَادَةِ ،
 فَإِنْ اضْطَرَبَتْ . . وَجَبَ الْبَيَانُ ، وَإِلَّا . . فَتَبْطُلُ الْإِجَارَةُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

تفريق الصفقة في الابتداء ، والثاني : القطع بالتفريق .

قوله : (والأصح : أنه لا يجب حبر وخيط وكحل على وراق وخياط وكحال) لأن الأعيان لا تستحق بالإجارة ، (قلت : صحح الرافي رحمه الله في « الشرح » : الرجوع فيه إلى العادة ، فإن اضطربت . . وجب البيان ، وإلا) أي : وإن لم يبين (. . فتبطل الإجارة^(١) ، والله أعلم^(٢)) للجهالة ، حكاه في « الذخائر » عن القاضي ، قال : وقال الشيخ أبو محمد : إذا اضطربت . . تصح ويلزم المستأجر ، وعبارة « الشرح » : يحصل فيه ثلاث طرق ؛ أشبهها : أن الرجوع فيه إلى العادة ، وتعبيره بـ (الأشبه) أي : من حيث المعنى ، وأشهرها ، أي : في النقل : القطع بأنه لا يجب ، والثالث : أنه على الخلاف في أن اللبن هل يتبع الحضانة^(٣) ؟

قال السبكي : واقتضى كلام الإمام : أن التردد في هذه المسائل إذا كان العقد على الذمة ، فإن كان على العين . . لم يجب غير نفس العمل^(٤) ، وقطع ابن الرفعة بذلك فيما إذا كان على الذمة ، وجوز التردد فيما إذا كان على عمل .

(١) الشرح الكبير (١٢٤ / ٦) .

(٢) وفي هامش (ب) : (ظاهر هذه العبارة أن المصنف لم يصح شيئاً ، بل ذكر اختلاف تصحيح الرافي في « كتابيه » وقد يقال : إنه مرجح للأول ؛ لأنه حكى الثاني ولم يصححه فدل على أن اختياره للأول ، وقد يقال : إنه مرجح للثاني ؛ لأنه كالاستدراك ، ويؤيده أنه في « الروضة » لما ذكر تصحيح الثاني . . لم يعقبه بما في « المحرر » . ك د ك . وهو من « النجم الوهاج » (٣٥٨ / ٥) وفيه : (حكى شيئاً) بدل (حكى الثاني) .

(٣) الشرح الكبير (١٢٤ / ٦) .

(٤) راجع « نهاية المطلب » (٨٠ / ٨ - ٨١)

فصل

يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ إِلَى الْمُكْتَرِي .
وَعِمَارَتُهَا عَلَى الْمُؤَجِّرِ ، فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا ، وَإِلَّا . . فَلِلْمُكْتَرِي
الْخِيَارُ .

(فصل)

[فيما يلزم المكري أو المكتري لعقار أو دابة]

(يجب تسليم مفتاح الدار إلى المكتري) أي : بلا خلاف ، والمراد :
مفتاح الغلق المثبت ؛ لأن به يتم التسليم ، وإذا سلمه . . فهو أمانة في يد
المكثري ، فإن ضاع بغير تقصير . . لم يلزمه شيء ، وإن قصر . . ضمن ، وفي
الحالتين لا يجب إبداله على المؤجر في الأصح ، فإن لم يبدله . . فللمكثري
الخيار ، فإن كانت العادة الإقفال . . لم يجب تسليم القفل^(١) .

قوله : (وعمارتها على المؤجر) أي : ليست على المستأجر (فإن بادر
وأصلحها ، وإلا . . فللمكثري الخيار) إذا حصل خلل في دوام الإجارة ، فإن
كانت العمارة لا تحتاج إلى عين جديدة ؛ كإقامة جدار مائل وإصلاح جذع
منكسر . . ففي إجبار المالك عليه وجهان ؛ أحدهما : نعم ، وقطع به
الغزالي^(٢) ؛ توفية بمقتضى العقد ، والثاني : لا ، وهو اختيار العراقيين ، بل
إن فعله . . استمرت الإجارة ، وإلا . . فللمكثري الخيار .

وإن احتاجت إلى عين جديدة ؛ كبناء وجذع جديد . . فكذلك على

(١) لأنه منقول وليس بتابع . تحفة المحتاج (٦/ ٢٧٧) .

(٢) الوسيط (٢/ ٣٦٩) .

وَكَسَحُ الثَّلْجِ عَنِ السَّطْحِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ .
وَتَنْظِيفُ عَرَصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى الْمُكْتَرِي .

الأصح ؛ لأن فيه إلزام عين لم يتناولها العقد .

وإن كان الخلل مقارناً للعقد ؛ كما إذا آجره داراً ليس لها باب أو ميزاب . .
فلا إجبار ، بل للمستأجر الخيار إن جهل ، وأوهم كلام أبي الفرج السرخسي
طرد الوجهين فيه .

وهل يثبت الخيار بمجرد الحاجة إلى العمارة ثم يسقط بالإصلاح ، أو
يتوقف ثبوته على عدم الإصلاح ؟ وإذا قلنا بالأول فلم يعلم حتى أصلحها
المؤجر . . هل يجري فيه الخلاف فيما إذا لم يعلم بالعيب حتى زال ؟
احتمالات ثلاثة للسبكي .

قوله : (وكسح الثلج عن السطح على المؤجر) أي : في دوام الإجارة ؛
لأنه كالعمارة ، وقيل : لا يجب عليه ، فعلى الأصح : لو تركه وحدث به
عيب . . فللمستأجر الخيار ، وفي الإجبار عليه ما سبق^(١) .

قال في « المطلب » : وهذا في دار لا ينتفع سكانها بسطحها ؛
كالجملونات^(٢) ، أما إذا كان به انتفاع . . فيظهر : أنه كعرصة الدار يفرق فيه
بين الخفيف والكثيف .

قوله : (وتنظيف عرصة الدار عن ثلج وكناسة على المكتري) أي : في
دوام الإجارة ، أما الكناسة وهي : القشور وما يسقط من الطعام ونحوه ،
فلأنها من فعله .

(١) أي : ما سبق آنفاً في الإجبار على العمارة .

(٢) الجَمَلُون : سقف محدَّبٌ على هيئة سَنَامِ الجَمَلِ . المعجم الوسيط (ص : ١٣٦) .

وَأِنْ أَجَرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ .. فَعَلَى الْمُؤَجَّرِ إِكَافٌ وَبَرْدَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَّةٌ
وَخِطَامٌ ،

والمراد بكونها عليه : أنها لا تجب على المؤجر حتى لو امتنع المستأجر
أيضاً من إزالته .. لم يكلف .

نعم ؛ إن انقضت المدة .. أجبر على نقلها بخلاف الثلج ، قاله في
« المطلب » ، نقله الزركشي .

وألحق بها الثلج الخفيف في العرصة ، وإن كثف .. فكذاك على
الأصح^(١) .

ويجب على المؤجر أن يسلم الدار والبالوعة والحش فارغين ؛ ليتمكن من
الانتفاع ، فإن كان مملوءاً .. فللمكثري الخيار .

والأصح : أن التنقية في أثناء المدة على المستأجر ؛ لأنه حصل بفعله ،
واختار السبكي تبعاً للرويانى^(٢) : أنها على المؤجر ، ولا يجب على المستأجر
تنقيتهما عند انقضاء المدة في الأصح ، كذا في « شرحه »^(٣) ، وفي
« الروضة » : ولا يلزم المستأجر التنقية عند انقضاء المدة ، ولا تفرغ مُسْتَنْقَع
الحمام ، ويلزمه التطهير من الكناسة دون التراب الذي يجتمع بهبوب
الرياح^(٤) .

قوله : (وإن أجر دابة لركوب .. فعلى المؤجر إكاف وبردعة وحزام وثفر
وبرة وخطام) لأنه لا يمكن الركوب دونها ، وهذا عند الإطلاق على الأصح ،

(١) وفي (ب) : (في الأصح) .

(٢) بحر المذهب (١٨٥/٧ - ١٨٦) .

(٣) الشرح الكبير (١٢٨/٦) .

(٤) روضة الطالبين (٢٨٥/٤) .

وَعَلَى الْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظْلَةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا ،

فإن قال : أجرتك هذه الدابة بلا إكاف ولا حزام ولا غيرهما . . لم يلزمه شيء من الآلات ، وصحح المصنف : أن الحبل الذي يشد به أحد الحاملين إلى الآخر على المؤجر^(١) ، واتفق هو والرافعي على : أن ما يشد به أحد المحملين - بالميم - إلى الآخر على المؤجر أيضاً ؛ كما هو في المعتمد من نسخ « الروضة »^(٢) .

وقوله : (دابة) أورده الزركشي (دابته) وقال : ظاهره إجارة العين ، وهو موافق لإطلاق الأكثرين ، ويثبت الحكم في إجارة الذمة بطريق أولى .

فائدة : فسر بعضهم الإكاف بالبرذعة ، قال في « المطلب » : ويطلق الإكاف في بلادنا على : ما يوضع فوق البرذعة ويشد عليه مع الحزام ، والظاهر : أنه مراد المصنف .

وباء البرذعة مفتوحة ، وخطأ ابن السيد من كسرهما ؛ لأنه اسم آلة ، وإنما يكسر الآلة إذا كان أولها ميماً ، وهي بالذال المعجمة .

والبرّة : بالضم والتخفيف : حلقة تجعل في أنف البعير ، وقصرها ابن هشام على الفضة والحديد والصففر^(٣) ، فإن كانت من شعر . . فحزام ، أو من عود . . فحشاش .

قوله : (وعلى المكتري محمل ومظلة ووطاء وغطاء وتوابعها) لأن ذلك لتسهيل الركوب لا التمكين منه .

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٩٠-٢٩١) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ١٣٨-١٣٩) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٩٠-٢٩١) ، وراجع « المهمات » (٦/ ١٥٥) .

(٣) شرح الفصيح لابن هشام اللخمي (ص : ٦٠) .

وَالْأَصَحُّ فِي السَّرَجِ : اتِّبَاعُ الْعُرْفِ .

وَوَظَرَفُ الْمَحْمُولِ عَلَى الْمُؤَجَّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ .

وَعَلَى الْمُؤَجَّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ : الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا ، وَإِعَانَةُ الرَّكَّابِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ ، وَرَفْعُ الْحِمْلِ وَحَطُّهُ ، وَشَدُّ . . .

قوله : (والأصح في السرج) أي : إذا كان المستأجر فرساً (اتباع العرف) تبع فيه « المحرر »^(١) وليس في « الشرحين » ترجيح^(٢) ، واقتصر في « الروضة » على عزو تصحيحه لـ « المحرر »^(٣) ، وقيل : يلزم المؤجر ؛ كالإكاف ، وقيل : إن كانت على الذمة . . فعلى المؤجر ، وإن كانت على العين . . فعلى المكري ، ويضمن إن ركب بغير سرج وإكاف .

قوله : (وظرف المحمول على المؤجر في إجارة الذمة ، وعلى المكري في إجارة العين) لأنه في الذمة التزم النقل فعليه أسبابه ، وفي العين ليس عليه إلا تسليم الدابة بالإكاف وما في معناه .

والدلو والرشاء^(٤) في الاستئجار للاستقاء . . كالوعاء في الحمل ، فيفرق بين العين والذمة .

قوله : (وعلى المؤجر في إجارة الذمة : الخروج مع الدابة لتعهدتها ، وإعانة الراكب في ركوبه ونزوله بحسب الحاجة ، ورفع الحمل وحطه ، وشد

(١) المحرر (٧٦٨ / ٢) .

(٢) الشرح الكبير (١٣٨ / ٦) .

(٣) روضة الطالبين (٢٩٠ / ٤) .

(٤) الرشاء : الحبل . مختار الصحاح (ص : ١٧٨) .

الْمَحْمِلِ وَحَلُّهُ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكْتَرِي وَالِدَّابَّةِ .

وَتَنْفَسُخُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ بِتَلَفِ الدَّابَّةِ ، وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بَعِيْهَا .

المحمل وحله (لاقتضاء العرف ذلك ، فينيخ البعير للرجل الضعيف والمرأة ، ويقرب غيره من نشز ونحوه^(١) ؛ ليسهل ، ويكفي استنابته .

قوله : (وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكري والدابة) أي : التمكين من الانتفاع ، سواء أكانت الإجارة للركوب أم للحمل عند الأكثرين ، وقيل : يجب الإعانة على الركوب في إجارة العين ، وقيل : يجب في الحمل سواء أكانت في الذمة أم على العين .

فرع : مؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها والبذرة وحفظ المتاع في المنزل كالوعاء^(٢) ، قاله الرافعي^(٣) .

قوله : (وتنفسخ إجارة العين بتلف الدابة) وكذا تلف العبد ونحوهما ؛ قياساً على بيع الصبرة مكايلة إذا اكتال بعضها وتلف الباقي . . فإنه ينفسخ العقد فيه ، فإن كان التلف عقب القبض . . انفسخت الإجارة في جميع المدة ، وسقطت الأجرة كلها ، وإن كان بعد مضي مدة . . انفسخ في الباقي بقسطه من الأجرة المسماة ، واستقرَّ ما مضى بقسطه في الأصح .

قوله : (ويثبت الخيار بعيها) أي : الدابة المعينة ، وهي أن تعثر في المشي ، أو لا تبصر في الليل ، أو يكون بها عرج تتخلف به عن القافلة ،

(١) أي : يقرب غير البعير من البغل والحمار من مكان مرتفع . راجع « روضة الطالبين » (٢٩٢/٤) ، و« النجم الوهاج » (٣٦٤/٥) .

(٢) أي : على المؤجر في إجارة الذمة ، وعلى المكري في إجارة العين .

(٣) الشرح الكبير (١٣٩/٦) .

وَلَا خِيَارَ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ، بَلْ يَلْزَمُهُ الْإِبْدَالُ وَالطَّعَامُ الْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ
يُبْدَلُ إِذَا أَكَلَ فِي الْأَظْهَرِ .

ومجرد خشونة المشي ليس بعيب ، كذا في « الروضة » و« أصلها »^(١) ، وقال
ابن الرفعة : متى صعب ظهر البعير أو خشن سيره.. فعيب^(٢) ، وصوبه
الزركشي وقال : جزم به الرافعي في عيب المبيع ، وقال الماوردي : هذا
الخيار على التراخي ، فلو لم يعلم بالعيب حتى مضت المدة.. فات الخيار ،
ويجب الأرش ؛ كما في البيع .

قوله : (ولا خيار في إجارة الذمة ، بل يلزمه الإبدال) كما لو وجد
بالمسلم فيه عيباً ، وعبارة « المحرر » : (لا يفسخ بالتلف ولا يثبت
الخيار)^(٣) وهي أوضح .

واعلم : أنه إذا سلم الدابة عن الإجارة في الذمة.. ثبت للمستأجر فيها حق
واختصاص ، فيجوز له إيجارها ولا يجوز للمؤجر إبدالها دون رضاه في
الأصح ، والأصح : أنه يقدم بها عند فلس المؤجر .

قوله : (والطعام المحمول ليؤكل يبدل إذا أكل في الأظهر) القولان فيما
إذا أكل بعضه ، فإن أكل كله.. فالمشهور : أنه يبدله ، وفيه وجه : أنه
لا يبدله .

ومحل القولين : إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلية بسعر المنزل
الذي هو فيه ، فإن لم يجده أو وجدته بأعلى.. فله الإبدال ، قاله الإمام والشيخ
أبو إسحاق والجرجاني^(٤) ، وهذا إذا قدر الزاد ، والصحيح : وجوبه ، فإن

(١) الشرح الكبير (١٤٢/٦) ، روضة الطالبين (٢٩٤/٤) .

(٢) كفاية النبيه (٢٦٨/١١) .

(٣) المحرر (٧٦٩/٢) .

(٤) نهاية المطلب (١٤٣/٨) ، التحرير (٤٠٨/١) .

فصل

يَصِحُّ عَقْدُ الْإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِبًا ، وَفِي قَوْلٍ : لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ ، وَفِي قَوْلٍ : ثَلَاثِينَ .

شرط الإبدال وعدمه . . اتبع الشرط ، ولو تلف كله أو بعضه بسرقة ونحوها . .
فله الإبدال قطعاً .

(فصل)

[في بيان المدة التي تقدر بها المنفعة ، وكون يد الأجير يد أمانة]

(يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالباً) قياساً على النكاح ، فإنه وإن كان غير مؤقت فهو مقدر بالعمر ، وهو المدة التي يبقى فيها النكاح (وفي قول : لا يزداد على سنة) لأنه عقد جوز للحاجة وتندفع بسنة^(١) ، ورُدَّ بقوله تعالى : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَاجٌ ﴾ [القصص : ٢٧] .

(وفي قولٍ : ثلاثين) مستنده ذكر الثلاثين في كلام الشافعي^(٢) ، وهو محمول على التمثيل .

وحكم الوقف كذلك على المشهور ، ويحتاج إلى أن يكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلية البعيدة صعب ، ولعل ذلك سبب اصطلاح الحكام على منعه أكثر من ثلاث سنين .

وهذا الخلاف في أكثر مدة الإجارة ، أما أقلها . . فقال الماوردي : أقل مدة الإجارة للسكنى يوم^(٣) ، وذكر في (الغصب) : أن المدة التي ليست

(١) عبارة « كنز الراغبين » (٧٨ / ٢) : (لاندفاع الحاجة إلى الإجارة بها) .

(٢) مختصر المزني (ص : ١٨٠) .

(٣) الحاوي الكبير (١٦٨ / ٩) .

وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ ؛ فَيُرَكَّبُ وَيُسَكَّنُ مِثْلُهُ ، وَلَا يُسَكَّنُ حَدَاداً وَلَا قَصَّاراً .

لمثلها أجرة ثلاثة أيام ، فحصل وجهان من كلاميه .

وإذا جوزنا الإجارة أكثر من سنة . . فالأظهر : أنه لا يجب تقدير حصة كل سنة .

قوله : (وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره) كما يجوز أن يؤجر ما استأجره (فيركب ويسكن مثله) أما المماثلة في الراكب . . ففي الطول والقصر والضخامة والنحافة ونحوها ، وإذا جاز المثل . . فالأخف بطريق الأولى ، وكذلك يلبس الثوب من هو في مثل حاله ، سواء في ذلك إجارة العين والذمة .

ولو شرط المؤجر على المستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه . . قال صاحب « الكافي » : لا يصح ؛ كما لو باع شيئاً على ألا يبيعه . . لا يصح ، ويوافقه قول الغزالي : أنه إذا شرط ألا يؤجر الأرض المستأجرة . . يفسد العقد^(١) ، قال السبكي : والأشبه : الصحة ، قال الزركشي : وقيل : يصح ويلغو الشرط ، وقيل : يصحان ، حكاهما في « المذهب » و« البحر » وغيره^(٢) .

وألحق الغزالي والإمام والقاضي حسين وابن الصباغ وغيرهم بتبديل الطريق بتبديل الراكب .

قوله : (ولا يسكن حداداً ولا قصاراً) أي : لزيادة الضرر ؛ ولذلك إذا استأجر لحمل قطن . . له حمل صوف ووبر ، أو لحديد . . فله حمل رصاص ونحاس .

(١) الوسيط (٢/٣٧١) .

(٢) المذهب (٣/٥٤٢) .

وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ ؛ كَدَارٍ ، وَدَابَّةٌ مُعَيَّنَةٌ . . لَا يُبَدَّلُ ، وَمَا يُسْتَوْفَى بِهِ ؛
كَثُوبٍ وَصَبِيٍّ عَيْنٍ لِلْخِيَاطَةِ وَالْإِرْضَاعِ . . يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي الْأَصَحِّ .

وَيَدُ الْمُكْتَرِي عَلَى الدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ،

واعترض في « المهمات » : بأن هذين المثالين من أمثلة المستوفى به^(١) ،
قال ابن العماد : قصد الرافعي تشبيه المستوفي بالمستوفى به ، فكما يجوز
إبدال المستوفى به كذلك يجوز إبدال المستوفى ؛ لاتصال أحدهما بالآخر .

وإذا استأجر لحمل ، فأراد إركاب من لا يزيد وزنه على المحمول ، أو
لركوب فأراد الحمل . . قال الرافعي : الظاهر : المنع فيهما ، وهو قضية ما في
« التهذيب »^(٢) .

قوله : (وما يستوفى منه ؛ كدار ودابة معينة . . لا يبدل) كما لا يجوز
إبدال المبيع (وما يستوفى به ؛ كثوب وصبي عين للخياطة والإرضاع . . يجوز
إبداله في الأصح) أي : بثوب مثله وصبي مثل حاله وإن لم يرض الأجير ؛ لأنه
ليس بمعقود عليه وإنما هو طريق في الاستيفاء ، فأشبه الراكب والمتاع المعين
للحمل ، وهذا التعليل يبين أن مراده بالمعين المعين عما في الذمة .

والثاني : لا يجوز ؛ كالمستوفى منه .

والخلاف جار في انفساخ العقد بتلفه ، ونقل العراقيون أن المنصوص :
الانفساخ ، فإن تراضيا على غيره . . جاز .

وقوله : (عين) وضع فيه ضمير المفرد موضع المثنى ، وهو شاذ .

قوله : (ويد المكري على الدابة والثوب يد أمانة مدة الإجارة) لأنه

(١) المهمات (٦/١٥٧-١٥٨) .

(٢) الشرح الكبير (٦/١٤٣) ، التهذيب (٤/٤٥١) .

وَكَذَا بَعْدَهَا فِي الْأَصَحِّ

مستحق للمنفعة ولا يمكن استيفاؤها إلا بإثبات اليد على العين نيابة عن المالك ، فكانت أمانة عنده ؛ كالنخلة التي اشترى ثمرتها .

قوله : (وكذا بعدها في الأصح) .

اعلم : أن العين المستأجرة إذا تلفت عقب انقضاء مدة الإجارة من غير تمكن من الرد ولا الإعلام . . فلا ضمان ، وكذا إذا مضى عليها زمان وقد أمسكها لعذر مانع من الرد فتلفت . . لا ضمان عليه في الرقبة ، ولا أجرة في المنفعة بعد المدة ؛ كما جزم به الماوردي وصاحب « المذهب »^(١) .

وإن طالبه المالك بها فامتنع . . كان ضامناً قطعاً ؛ كالغاصب ، وإن طالبه المالك بها فاستنظره فأنظره مختاراً . . كان كالمستعير - كما قاله الماوردي - فيضمن الرقبة ولا يضمن المنفعة^(٢) .

وإن عرضها المستأجر عليه فلم يقبلها . . فهي في حكم الوديعة .

وإن لم يكن شيء من ذلك وقد تمكن من الرد . . فهو محل الخلاف ؛ أحد الوجهين : أنه يجب الرد سواء علم المالك أو لم يعلم ، فمتى أخر . . ضمن ، وأصحهما : أن الواجب التمكين إن علم المالك ، والإعلام إن لم يعلم ، فمتى لم يفعل . . ضمن .

وأشعر كلام الرافعي في « الشرح » بترجيح الضمان وأنه لا يجب الرد ، ورجح في « المحرر » الأمانة^(٣) ، وهو الصحيح ، والمصنف أقره على

(١) الحاوي الكبير (٢٠٣/٩) ، المذهب (٥٦٠/٣) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠٤/٩) .

(٣) الشرح الكبير (١٤٥-١٤٦/٦) ، المحرر (٧٧١/٢) .

وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً اكْتَرَاهَا لِحَمَلٍ أَوْ رُكُوبٍ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا . . لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا انْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبِلَ فِي وَقْتٍ لَوْ انْتَفَعَ بِهَا . . لَمْ يُصِبْهَا الْهَدْمُ .

ذلك^(١) ، وأقر صاحب « التنبيه » على إيجاب مؤنة الرد^(٢) ، فربما اعترض عليه ، وجوابه : بأنها أمانة شرعية ، فلا يناقضها وجوب الرد .

ويخرج من هذا ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنها أمانة يجب ردها ، والثاني : أمانة لا يجب ردها ، بل التمكين منها ، والثالث : مضمونة واجبة الرد .

هذا كله إذا لم يجر شرط ، فإن شرط الرد . . قال القاضي أبو الطيب : لزمه بلا خلاف ، ومنعه ابن الصباغ وقال : من لا يوجبه عليه . . ينبغي ألا يجوز شرطه ، وبنوا على الخلاف ضمان أجرة المنافع التي تتلف في يده بعد المدة ؛ إن ألزمناه الرد . . ضمناه ، وإلا . . فلا ، هكذا قال الرافعي^(٣) ، وينبغي أن يقال : إن ضمناه العين . . ضمناه الأجرة ، وإلا . . فلا ، قاله السبكي .

قوله : (ولو ربط دابة اكترها لحمل أو ركوب ولم ينتفع بها . . لم يضمن إلا إذا انهدم عليها إصطبل في وقت لو انتفع بها . . لم يصبها الهدم) يعني : أن الدابة المستأجرة إذا ماتت في الإصطبل لم يضمنها المستأجر ، ولو انهدم عليها فهلك . . ضمنها إن كان ذلك في وقت يعتاد الانتفاع بها فيه ، كذا قاله الرافعي^(٤) .

والمتجه كما قاله السبكي : أنه إن نسب في الربط إلى تفريط . . صارت مضمونة عليه تلفت أو لم تلف ، وإلا . . فلا يضمنها تلفت أو لم تلف ،

(١) روضة الطالبين (٢٩٧/٤ - ٢٩٨) .

(٢) التنبيه (ص : ٨٥) .

(٣) الشرح الكبير (١٤٦/٦) .

(٤) الشرح الكبير (١٤٧/٦) .

وَلَوْ تَلَفَ الْمَالُ فِي يَدِ الْأَجِيرِ بِلَا تَعَدٍّ ؛ كَثُوبِ اسْتَوْجَرَ لِحِيَاظَتِهِ أَوْ صَبَّغِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ ؛ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَوْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَخْضَرَهُ مَنْزِلَهُ ،

وليس تركه حقه من الانتفاع سبباً موجباً للضمان .

هذا في ضمان اليد ، وأما ضمان الجناية . . فضابطه : أن ينسب التلف إلى فعله ، فإن اقتضت العادة أن ربطها في ذلك الوقت غير مأذون فيه ولكنه ليس تفريطاً . . ضمن بالجناية عند التلف دون غيره .

قوله : (ولو تلف المال في يد الأجير^(١) بلا تعد ؛ كثوب استؤجر لحياطته أو صبغه . . لم يضمن إن لم ينفرد باليد ؛ بأن قعد المستأجر معه أو أحضره منزله) أي : ولم يقعد معه قطع به الجمهور ؛ لأن المال غير مسلم إليه في الحقيقة وإنما استعان المالك به في شغله ؛ كما يستعين بالوكيل ، وقيل : يطرد الخلاف الآتي^(٢) .

وقوله : (أو صبغه) بفتح الصاد ؛ لأن المراد به المصدر ، وأما بالكسر . . فاسم لما يصبغ به .

وقوله : (لم ينفرد باليد) يقتضي مشاركة الأجير للمالك في اليد في هاتين صورتين ، وكلام الأصحاب يقتضي : أن اليد للمالك خاصة دون الأجير .

وقوله : (بأن قعد) تفسير لغير المنفرد .

وتعبيره بـ(أن) حَصْرٌ فيما ذكر ، وليس كذلك ، بل حَمْلُهُ المتاع ومشيه خلفه كذلك ؛ كما قاله القاضي حسين وصاحب « الانتصار » ، فلو عبر بكاف التشبيه . . كان أولى .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (في يد أجير) .

(٢) أي : الآتي آنفاً في المتن .

وَكَذَا إِنْ انْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ ، وَالثَّالِثُ : يَضْمَنُ الْمُشْتَرِكُ - وَهُوَ : مَنْ التَّزَمَ عَمَلًا فِي ذِمَّتِهِ - لَا الْمُنفَرِدُ ؛ وَهُوَ مَنْ أَجَرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ .

قوله : (وكذا إن انفرد) يعني : باليد بأن يكون في موضع للصانع أو ليس لهما وليس صاحبه معه (في أظهر الأقوال) كالمستأجر وعامل القراض ، والثاني : يضمن ؛ كالمستعير والمستام .

قوله : (والثالث : يضمن المشترك - وهو : من التزم عملاً في ذمته - لا المنفرد ، وهو : من أجر نفسه مدة معينة لعمل) المشهور في تفسير المشترك والمنفرد ما ذكره ؛ لأن من التزم عملاً لغير مستأجره ذمته مشتركة بين الناس بخلاف من أجر نفسه ، فإنه ليس له بعد ذلك أن يؤجرها لآخر .

وقوله : (مدة معينة) ينبغي أن يكون مستغنى عنه ؛ لأن المأخذ كونه أوقع الإجارة على عينه ، وقد تقدّر بمدة ، وقد يكون على عمل من غير تقدير ، وحيث ضمناً الأجير . . فالأصح من « زوائده » : أنه قيمة يوم التلف^(١) .

ولو تعدى . . ضمن قطعاً ، مثل : أن يسرف على الخبز في الإيقاد ، أو يلصق الخبز قبل وقته ، أو يتركه في التنور فوق العادة حتى احترق ، أو ضرب على التأديب والتعليم الصبي فمات ؛ لأن تأديبه بغير الضرب ممكن .

فلو اختلفا في التعدي . . عمل بقول عدلين ، فإن تعذر . . فالقول قول الأجير .

ومتى هلك المال في يده بعد تعديه . . وجب أقصى القيم من وقت التعدي إلى التلف .

ولو اختلف المستأجر والأجير المشترك في رد العين . . فعلى قول

(١) روضة الطالبين (٣٠٠/٤) .

وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيَقْصُرَهُ ، أَوْ خِيَّاطٍ لِيَخِيْطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ أَجْرَهُ . . . فَلَا أَجْرَةَ لَهُ ، وَقِيلَ : لَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ الْعَمَلِ . . . فَلَهُ ، وَإِلَّا . . . فَلَا ، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ .

الضمان : القول قول المستأجر قطعاً ، وعلى قول الأمانة فيه وجهان ؛ كالوكيل بجعل .

قوله : (ولو دفع ثوباً إلى قصار ليقصره ، أو خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أجره . . . فلا أجر له) أي : على الأصح المنصوص ؛ لأنه لم يلتزم عوضاً والعمل يجوز أن يكون مجاناً (وقيل : له) أي : يستحق أجره المثل ؛ لأنه استهلك عمله فلزمه ضمانه (وقيل : إن كان معروفاً بذلك العمل) أي : بالأجرة (. . . فله ، وإلا . . . فلا ، وقد يستحسن) لأن العرف يشهد له ، وينبغي على هذا إذا كانت معلومة ؛ بأن جرى العرف بها . . . حمل عليها ، وكان العقد صحيحاً ؛ كما في المعاطاة ، وإلا . . . وجب أجره المثل وكان جعالة أو إجارة فاسدة ، قاله السبكي .

وتجري الأوجه في الدلال والحمال ونحوهما .

وإذا لم نوجب الأجرة . . . فالثوب أمانة في يد القصار ونحوه ، وإن أوجبنها . . . فوجوب الضمان على الخلاف في الأجير المشترك .

وقوله : (ولم يذكر أجره) احترز به : عما إذا قال : مجاناً ، فلا يستحق قطعاً ، أو ذكر الأجرة . . . فيستحق قطعاً ؛ فإن كانت صحيحة . . . فالمسمى ، وإلا . . . فأجرة المثل ، فلو عرّض بالأجرة كاعمل وأنا أرضيك ، ونحوه . . . وجب أجره المثل ، نقله الزركشي عن « الاستذكار » و« البيان »^(١) وغيرهما ، وقال : قد يرد على المصنف . انتهى

(١) البيان (٤٠٥ / ٧) .

وَلَوْ تَعَدَّى الْمُسْتَأْجِرُ ؛ بِأَنْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ ، أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ ، أَوْ
أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ ، أَوْ أَسْكَنَ حَدَاداً أَوْ قَصَّاراً . . ضَمِنَ ، وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى لِحْمَلٍ
مِئَةَ رَاطِلٍ حِنْطَةً فَحَمَلَ مِئَةَ شَعِيرًا أَوْ عَكْسَ ،

والقول بعدم الأجرة في مطلق التصرف ، أما العبد والمحجور عليه
بسفه . . فالأشبه : استحقاقهما أجرة المثل ؛ إذ ليس من أهل التبرع ، ذكره
العديني ، ومثلهما المميز والمجنون^(١) .

قوله : (ولو تعدى المستأجر ؛ بأن ضرب الدابة ، أو كبحها فوق العادة ،
أو أركبها أثقل منه ، أو أسكن حداداً أو قصاراً . . ضمن) أي : العين ؛
لتعديده ، وقرار الضمان على الثاني إن علم ، وإلا . . فعلى الأول .

وقوله : (فوق العادة) أي : له أن يضرب الدابة ويكبحها - وهو : جذبها
باللجام - ما لم يجاوز العادة ، وإذا أفضى ذلك إلى تلف . . لم نوجب ضماناً ،
بخلاف ضرب الزوج زوجته فإنه يضمن ؛ لأن الإنسان يمكن تأديبه بغير
الضرب بخلاف البهيمة .

ثم الضرب يختلف في حق الراكب والرابض والراعي فيراعى في كل واحد
عادة أمثاله ، وإن أركبها مثله ، فجاوز العادة في الضرب . . فالضمان على
الثاني .

قوله : (وكذا لو اكترى لحمل مئة رطل حنطة فحمل مئة شعيراً أو عكس)
أي : يضمن فيهما ؛ لأن الشعير وإن كان أخف يأخذ من ظهر الدابة أكثر ،
والحنطة يجتمع ثقلها على موضع واحد ، فالضرر مختلف ، والحنطة والشعير
مثال لكل مختلفين في الضرر .

(١) من قوله : (انتهى . .) إلى قوله : (والمجنون) غير موجود في (أ) وزيد في (ب)
تصحیحاً .

أَوْ لِعَشْرَةِ أَقْفَزَةٍ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً دُونَ عَكْسِهِ .
 وَلَوْ اكْتَرَى لِمِئَةٍ فَحَمَلَ مِئَةً وَعَشْرَةً . . لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنْ
 تَلَفَتْ بِذَلِكَ . . ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا ،

قوله : (أو لعشرة أقفزة شعير فحمل حنطة) فإنه يضمن لزيادة ثقل
 الحنطة .

قوله : (دون عكسه) أي : فلا يضمن ؛ لأن الشعير أخف ولم يزد
 حجمه ، ولو اكترى ليركب بسرج ، فركب بلا شيء ، أو عكسه . . ضمن ،
 ولو اكترى ليحمل عليها بالإكاف ، فحمل بالسرج . . ضمن ، وبالعكس
 لا يضمن إلا أن يكون أثقل ، ولو اكترى ليركب بالسرج فركب بالإكاف . .
 ضمن ، وبالعكس لا يضمن إلا أن يكون أثقل .

قوله : (ولو اكترى لمئة فحمل مئة وعشرة . . لزمه أجره المثل للزيادة)
 أي : مع المسمى إذا حملها المستأجر بنفسه على المشهور ؛ لتعديه بها ، وفي
 قول : يلزمه أجره المثل للكل ، قال الزركشي : يتخير المالك بينهما .

وأشار بالعشرة إلى أن محل الخلاف : إذا كانت الزيادة مما لا يقع التفاوت
 بها بين الكيلين ، فإن كانت يتسامح بها . . فلا أجره ولا ضمان .

قوله : (وإن تلفت بذلك . . ضمنها إن لم يكن صاحبها معها) لأنه انفرد
 باليد ، وصار بحمل الزيادة غاصباً ، وقيل : لا يضمن الكل .

ولو تلفت بسبب غير الحمل الزائد . . ضمنها أيضاً ، خلافاً لما يوهمه
 قوله : (بذلك) فلو حذفه . . كان أولى .

واستشكل السبكي جعله غاصباً ؛ بأن تعديه بالزيادة لا بوضع اليد .

وَإِنْ كَانَ . . ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفَ الْقِيَمَةِ .
 وَلَوْ سَلَّمَ الْمِئَةَ وَالْعَشْرَةَ إِلَى الْمُؤَجَّرِ ، فَحَمَّلَهَا جَاهِلًا . . ضَمِنَ الْمُكْتَرِي
 عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَلَوْ وَزَنَ الْمُؤَجَّرُ وَحَمَّلَ . . فَلَا أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ ،

قوله : (وإن كان)^(١) أي : صاحبها معها (. . ضمن) أي : المستأجر
 (قسط الزيادة) لأن التوزيع على المحمول متيسر (وفي قول : نصف القيمة)
 كما لو جرحه واحد جراحات وآخر جراحة ؛ للتولد من مضمون وغير
 مضمون ، وهذا محل تقييد التلف بسبب الحمل ، فإن تلفت بغيره . . لم
 يضمن .

قوله : (ولو سلم المئة والعشرة إلى المؤجر ، فحملها جاهلاً) أي : بأن
 لبس عليه وقال : إنه مئة كاذباً (. . ضمن المكترى على المذهب) لأن إعداد
 المحمول وشد الأعدال وتسليمها إليه بعد عقد الإجارة . . كالإلجاء الشرعي
 إلى الحمل ، فكان كشهادة شهود القضاء^(٢) ، والطريق الثاني : على قولين .

ولو قال المستأجر : احمل هذه الزيادة ، فأجابه . . قال المتولي : هو
 مستعير للبهيمة في الزيادة ولا أجره إلا إذا تلفت بالحمل ، فعليه الضمان ، قال
 الرافعي : وفي كلام الأئمة ما ينازعه في الأجرة والضمان جميعاً^(٣) .

قوله : (ولو وزن المؤجر وحمل . . فلا أجره للزيادة) أي : سواء غلط أو
 تعمد ، وسواء جهل المستأجر الزيادة أو علمها وسكت ؛ لأنه لم يأذن في
 نقل الزيادة وله مطالبة المؤجر برد الزيادة إلى الموضع المنقول منه ، وليس

(١) قول المتن : (وإن كان) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح
 المطبوعة : (فإن كان) .

(٢) عبارة ابن الملقن في « عمدة المحتاج » (٥٠٧ / ٨) : (وكان كشهادة شهود القصاص) .

(٣) الشرح الكبير (١٥٦ / ٦) .

وَلَا ضَمَانَ إِنْ تَلَفَتْ .

وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْبًا لِيَخِيْطُهُ فَخَاطَهُ قَبَاءٌ وَقَالَ : أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءٌ ، فَقَالَ :
بَلْ قَمِيصًا . . . فَلَاظْهَرُ : تَصْدِيقُ الْمَالِكِ بِيَمِينِهِ ، وَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ ، وَعَلَى
الْخِيَاطِ أَرْشُ النِّقْصِ .

للمؤجر أن يردّها دون رضاه .

واحترز بقوله : (وحمل) عما إذا كال المؤجر أو وزن وحمل المستأجر ،
ففي « التتمة » : إن علم . . فكما لو كال بنفسه وحمل ، وإن جهل . .
فوجهان ؛ كما لو قدم المغصوب للمالك هل يبرأ ؟ .

قوله : (ولا ضمان إن تلفت) أي : على المستأجر ؛ إذ لا يد ولا تعدّ^(١) .

فرع : إذا كال أجنبي زائداً ، وحمل بلا إذن . . فعليه أجرة الزيادة
للمؤجر ، وعليه الرد إلى الموضع المنقول منه إن طالبه المستأجر ، وضمان
البهيمة ؛ كما سبق في حق المستأجر^(٢) .

فرع : لو اكرى اثنان دابة وركباها ، فارتدفا ثالث بغير إذنهما فتلفت . .
فالأصح عند المصنف : أنه يلزم المرتدف ثلثها ، وقيل : نصفها ، وقيل :
يقسط على أوزانهم فيلزمه حصة وزنه ، وصححه ابن أبي عصرون واختاره
السبكي .

قوله : (ولو أعطاه ثوباً ليخيطه ، فخاطه قباء ، وقال : أمرتني بقطعه
قباء ، فقال : بل قميصاً . . . فلاظهر : تصديق المالك بيمينه ، ولا أجرة عليه ،
وعلى الخياط أَرْشُ النِّقْصِ) أما تصديق المالك . . فلأن القول قوله في أصل

(١) وعبرة « النجم الوهاج » (٣٨١ / ٥) : (لأنه لم يتعد وليست له يد) .

(٢) أي : آنفاً في المتن .

.....

الإذن ، فكذا في صفته ، ويحلف : ما أذنت له في قطعة قباء .

وأما عدم الأجرة . . فلأنها إنما تجب بالإذن وقد صدقناه في عدمه .

وأما إيجاب أرش النقص . . فلأن القطع موجب للضمان إلا أن يعارضه الإذن ، وفيه وجهان ؛ أحدهما : ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، وصححه ابن أبي عصرون ، والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء ؛ لأن أصل القطع مأذون فيه ، واختاره السبكي ، قال : وعلى هذا : لو لم يكن بينهما تفاوت ، أو كان مقطوعاً قباءً أكثر قيمة . . فلا شيء عليه .

والقول الثاني : يصدق الخياط ، قال في « الشامل » : ويجمع بين النفي والإثبات ، فإذا حلف . . فلا أرش عليه قطعاً ، ولا أجرة له في الأصح ، وقال من « زوائده » : إن لم تثبت له أجرة . . فقول الشيخ أبي حامد : إذا صدقنا الخياط حلف : لقد أذنت لي في قطعه قباء فقط . . أصح من قول صاحب « الشامل »^(١) .

والثالث : أنهما يتحالفان ، ويجمع كل منهما بين النفي والإثبات ، فإذا حلفا . . فلا أجرة لخياط قطعاً ، ولا أرش عليه على الأظهر .

ولو عبر المصنف بـ (المذهب) . . لكان أولى ، ففي المسألة خمسة طرق ، لكن أصحها : طريقة القولين ، رجح في « المهمات » : طريقة القطع بالتحالف^(٢) .

فرع : قال خياط : إن كان هذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه ، فقطعه فلم يكفه . . ضمن الأرش ، وإن قال : هل يكفيني قميصاً ؟ فقال : نعم ، فقال : اقطعه ، فقطعه فلم يكفه . . لم يضمن .

(١) روضة الطالبين (٣٠٨/٤) .

(٢) المهمات (١٦٣/٦) .

فصل

لَا تَنْفَسِخُ إِجَارَةُ بَعْدِ ؛ كَتَعَذَّرِ وَقُودِ حَمَامٍ ، وَسَفَرٍ ، وَمَرَضٍ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ .

(فصل)

[فيما يقتضي انفساخ الإجارة والتخير في فسخها وعدمهما]

(لا تنفسخ إجارة بعدر) أي سواء كانت إجارة عين أو في الذمة ، وسواء كان العذر للمستأجر أو المؤجر .

قوله : (كتعذر وقود حمام) أي : إذا استأجرها لإدارتها حماماً^(١) كما هو العادة ، فهو : الذي يحصل ما يقدُّ به ، فإذا تعذر عليه . . لم ينفسخ ولم يفسخ ؛ لأن التعطيل ليس لأمرٍ يرجع إلى الحمام .
والوقود بفتح الواو : ما يوقد به .

قوله : (وسفر ، ومرض مستأجر دابة لسفر) أي : استأجر دابة ليسافر عليها ولا يمكن السفر إلا مع رفقة فتعذروا ، أو لم يمكن خروجهم ، أو أمكن السفر وحده لكن أعوز النفقة ، أو استغنى عنه .

واقصر السبكي على التصوير بالرفقة ، وفسرهم بالسفر ؛ أي : المسافرين ، وعليه تكون عبارة الكتاب بإسكان الفاء .

ومثل مرض المستأجر مرض المؤجر ، وكل ذلك لا يقتضي الفسخ ولا الانفساخ ؛ لأن المعنى الخارج عن المعقود عليه لا يؤثر في العقد .

(١) عبارة « النجم الوهاج » : (إذا استأجره لإدارته حماماً) .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِرِزَاعَةٍ فَزَرَعهَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ . . فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ
وَلَا حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْأُجْرَةِ .

وَتَنْفَسَخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالْأَجِيرِ الْمُعَيَّنِينَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا الْمَاضِي فِي
الْأَظْهَرِ ،

قوله : (ولو استأجر أرضاً لزراعة ، فزرع فهلك الزرع بجائحة . . فليس له
الفسخ ولا حط شيء من الأجرة) لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر ،
لا منفعة الأرض ، فصار كما لو اكرى دكاناً لبيع البز فاحترق بزه . . لا تنفسخ
الإجارة ، فلو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات في مدة الإجارة . .
انفسخت الإجارة في المدة الباقية ، ثم إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع ،
أو عكسه . . فأصح احتمالات الإمام : أنه لا يسترد شيئاً في الأولى ، ويسترد
في الثانية^(١) .

قوله : (وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين في المستقبل) أي : فيما
بقي ؛ لفوات المعقود عليه فيما يستقبل من الزمان ؛ كما ينفسخ البيع بتلف
المبيع قبل القبض .

وكل تلف بأفة سماوية . . حكمه حكم الموت .

ولو قتله المستأجر أو أتلفه . . فكذاك على المذهب .

ولا فرق على المذهب في الخيار بالعيب بين أن يحصل بأفة سماوية أو بفعل
المستأجر .

واحترز بالمعين : عما في الذمة ، فلا ينفسخ ؛ لأن العقد لم يرد عليه .

قوله : (لا الماضي في الأظهر) يعني : إذا مضت بعد القبض مدة لمثلها

فَيَسْتَقَرُّ قِسْطُهُ مِنَ الْمُسَمَّى .

وَلَا تَنْفَسَخُ بِمَوْتِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَمُتَوَلَّى الْوَقْفِ .

أجرة.. . لم يفسخ فيما مضى على أظهر القولين ، ثم فرع عليه بقوله : (فيستقر قسطه من المسمى) أي : بأن تقوم المنفعة حالة العقد في المديتين الماضية والباقية ، ويوزع المسمى على نسبة القيمة فيهما فإذا كان أجرة مثل المدة الباقية ثلث أجرة المديتين.. . رجع من المسمى بثلثه ، وإنما يوزع المسمى على نسبة المديتين ؛ لأن ذلك يختلف ، فربما تزيد أجرة شهر على شهرين .

وعبر بالاستقرار ؛ إشارة إلى أنا إذا قلنا : لا تنفسخ.. . فليس له خيار الفسخ أيضاً ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » . والثاني : لا يستقر ، بل له خيار الفسخ ، ورجحه القاضي حسين وكثير من العراقيين .

وإذا أثبتنا الخيار بعيب ففسخ في المستقبل.. . ففي الانفساخ في الماضي القولان ، فإن لم يفسخ.. . فطريق التوزيع ما ذكرناه ، وإن أجاز.. . فعليه الأجرة المسماة بكمالها ؛ كما لو رضي بعيب المبيع يلزمه جميع الثمن .

قوله : (ولا تنفسخ بموت المتعاقدين)^(١) قياساً على البيع ، فإن مات المستأجر.. . قام وارثه في استيفاء المنفعة مقامه ، وإن مات المؤجر.. . ترك المال عند المستأجر إلى انقضاء مدة الإجارة ، وإن كانت الإجارة على الذمة.. . فما التزمه دين عليه ، فإن كان في التركة وفاء.. . استؤجر منها لتوفيته ، وإلا.. . فالوارث بالخيار إن شاء.. . وفاه واستحق الأجرة ، وإن أعرض.. . فللمستأجر فسخ الإجارة .

قوله : (ومتولي الوقف) يعني به : الناظر ، وهو : الذي شرط له الواقف النظر مطلقاً ، أو الواقف إذا قلنا : له النظر ، أو الحاكم إذا لم يكن ناظر خاص

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (بموت العاقدین) .

وَلَوْ أَجَرَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا ، أَوْ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لَا يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ فَبَلَغَ بِالْإِحْتِلَامِ . . . فَلَا صَحْحُ : انْفِسَاخُهَا فِي الْوَقْفِ لَا الصَّبِيِّ ،

هناك ، أو كان ناظر وتعذر ، أو اقتضى الحال تصرف القاضي . . . ففي هذه الأحوال كلها إذا أجر ثم مات في أثناء المدة . . . لا تنفسخ الإجارة ؛ لأن نظره شامل لجميع البطون ، فنفذ تصرفه عليهم .

نعم ؛ يشترط في الناظر ألا يكون موقوفاً عليه ليكون نظره لكل كنظره للآخر ، قاله الماوردي والجرجاني والإمام^(١) ، نقله الزركشي .

قوله : (ولو أجر البطن الأول مدة ، ومات قبل تمامها ، أو الولي صبيًّا مدة لا يبلغ فيها بالسن ، فبلغ بالاحتلام . . . فلاصح : انفساخها في الوقف لا الصبي) ذكر مسألتين :

الأولى : إذا أجر البطن الأول من الموقوف عليهم ، ثم مات في أثناء المدة : فلاصح : أنها تنفسخ ؛ لأن المنافع التي بعد موته لغيره ، وليس له عليها ولاية ولا نيابة ، والثاني - ورجحه الماوردي وصاحب « المذهب » - : أن الإجارة تبقى ؛ لأنها لازمة ؛ كما لو أجر ملكه ثم مات^(٢) .

وصور ابن الصباغ المسألة : فيما إذا جعل الواقف لكل بطن أن ينظر في حصته ، وكذا إن جعل للموقوف عليه النظر .

وصورتها أيضاً : أن تكون بأجرة المثل ، فإن أجر بدونها وجوزناه . . . فالظاهر كما قاله ابن الرفعة : أنه تنفسخ قطعاً ، وإطلاق المصنف يوهم جريان الخلاف ، وعلى القول بعدم الانفساخ : يرجع البطن الثاني بحصته في تركة القابض ، ولو صرفها القابض في مصالح الوقف المقدمة على الموقوف عليه

(١) نهاية المطلب (١١٥/٨) ، التحرير (٤١١/١) ، الحاوي الكبير (١٦٥/٩) .

(٢) الحاوي الكبير (١٦٥/٩) ، المذهب (٥٥٨-٥٥٧/٣) .

وَأَنَّهَا تَنْفَسُخُ بِإِنْهَادِ الدَّارِ ، لَا انْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ اسْتَوْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ ، بَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ .

شرعاً . . فلا رجوع ، قاله ابن الرفعة ووافقه السبكي .

واحترز بـ (البطن الأول) : عما إذا أجر الواقف أو الحاكم أو منصوبه ومات البطن الأول . . فالصحيح : عدم الانفساخ .

الثانية : إذا أجر الولي الصبي مدة ، فبلغ بالاحتلام في أثنائها . . فالأصح : أنها لا تنفسخ ؛ لأنه تصرف للمولي عليه حين كان له التصرف ، فأشبه ما إذا باع له شيئاً ، أو اشترى له شيئاً ، والثاني : يبطل ؛ لأنه عقد على منافع يجوز للمولي عليه بعد بلوغه التصرف فيها ، فلا يجوز لغيره .

ولا فرق عند الجمهور في جريان الوجهين بين إجارة الصبي أو شيء من ماله ، وإذا أبقيناها . . فالأصح : أنه لا يثبت للصبي الخيار .

واحترز بقوله : (لا يبلغ فيها بالسن) : عما إذا أجره وهو ابن سبع عشر سنين . . فأرجح الطرق : القطع بأنه يبطل فيما زاد ، وفيما مضى قولاً تفريق الصفة .

وقوله : (فبلغ) أي : رشيداً ؛ كما قاله الماوردي^(١) وغيره ، فإن بلغ سفيهاً . . استمرت على الوجهين .

وإفاقة المجنون في أثناء المدة . . كبلوغ الصبي بالاحتلام .

قوله : (وأنها تنفسخ بإنهاد الدار) أي : كلها (لا انقطاع ماء أرض استؤجرت لزراعة ، بل يثبت الخيار) أما الفسخ في الانهدام . . فلأن المنفعة هي المقصودة في الإجارة ، ففواتها بالانهدام كفوات المبيع قبل القبض .

(١) الحاوي الكبير (١٦٦/٩) .

وَعَصَبُ الدَّابَّةِ وَإِبَاقُ الْعَبْدِ يُثَبِّتُ الْخِيَارَ .

فلو انهدم بعضها . . لم ينفسخ ، بل إن أمكن إصلاحه . . أصلحه ، وإلا . .
تخير ، وحيث ثبت . . فهو على التراخي ، فإن أمضى . . فالمشهور : أنه بكل
المسمى ، وقيل : بالقسط ، سواء مضت مدة لمثلها أجرة أم لا .

وأما عدمه في انقطاع الماء . . فلأن مسمى الأرض باق والزرع ممكن
بالمطر ، وإنما يثبت الخيار إذا امتنعت الزراعة ، فلو قال المؤجر : أنا أسوق
الماء إليها . . سقط الخيار ؛ كما لو بادر إلى إصلاح الدار ، وينبغي أن يكون
إذا بادر به ، أما مجرد الوعد . . فلا يكفي .

والثاني : ينفسخ فيهما ؛ لفوات المقصود ، وهو السكنى والزراعة ، فأشبهه
موت العبد المستأجر .

قال السبكي : ولا فرق فيهما بين أن تكون مضت مدة لمثلها أجرة أو لا ،
لكنه فيما إذا لم تمض . . يكون الانفساخ في الجميع ، وفيما إذا مضت . .
يكون فيما بقي .

وقوله : (وأنها) تقتضي أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ، فإن النص
في الأولى : الانفساخ ، وفي الثانية : بالخيار ، وقيل : بتقرير النصين ،
وقيل : بالقطع فيهما بالخيار ، وأصحهما قولان ؛ أظهرهما : ما ذكره ، فكان
ينبغي التعبير بـ (المذهب) أو (الأظهر) .

قوله : (وعصب الدابة وإباق العبد يثبت الخيار) أي : ولا ينفسخ ؛ كما
هو الأصح في البيع ؛ أي : إذا أتلّف الأجنبي المبيع قبل القبض . . فالمنصوص
ورجحه أكثر الأصحاب : أنه ينفسخ ، فإن حصل الغصب من أول المدة
واستمر حتى انقضت . . فعلى النص : يرجع المستأجر بالمسمى ، وعلى
الأول : يتخير إن شاء . . أمضى العقد ورجع على الغاصب بأجرة المثل ، وإن

.....

شاء.. فسوخ ورجع بالمسمى على المالك .

وإن حصل في بعض المدة وكان لمثلها أجرة.. فعلى النص : يفسخ فيه ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة ، وعلى الآخر : يثبت الخيار ، فإن فسوخ أو قلنا : بالانفساخ.. سقط من المسمى بقدره ، وإن لم يكن لمثلها أجرة.. لم يفسخ ، فإن عاد على الفور.. فلا خيار ولا انفساخ .

والتي ليس لها أجرة مثلاً الماوردي بثلاثة أيام فما دونها ، قال السبكي : والأحسن : الرجوع في ذلك إلى العرف ، وفي « المهمات » عن « الحاوي » : أن اليوم الواحد أقل مدة يصح استئجار الدار فيها للسكنى ، قال : واستفدنا منه ضابط المدة التي لمثلها أجرة^(١) .

وقال ابن العماد : يجوز استئجار الدار بعض اليوم كاستئجار العبد والحر والثوب بعض اليوم .

وصرح القاضي أبو الطيب : بأنه لا فرق بين أن يكون الغصب من يد المالك أو يد المستأجر .

أما إباق العبد.. فهو في بعض المدة على ما تقدم ؛ لبقاء بعض المعقود عليه ، وأما في جميعها.. فلا وجه للقول بالخيار فيتعين القطع بالانفساخ . وإطلاق « المحرر »^(٢) و« المنهاج » مشكل لذكر الإباق ؛ فيحمل على ما إذا لم تنقض المدة .

وغرق الأرض - إن لم يتوقع انحساره - يثبت الخيار ؛ كالغصب قبل مضي المدة ، وإن كان في بعض الأرض.. فالتوزيع لا يخفى .

(١) المهمات (٦/١٨٨) .

(٢) المحرر (٢/٧٧٦) .

وَلَوْ أَكْرَى جَمَالاً وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ الْمُكْتَرِي . . رَاجَعَ الْقَاضِي لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الْجَمَالِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالاً . . اقْتَرَضَ عَلَيْهِ ،

هذا كله إذا كانت الإجارة على العين مقدرة بمدة ، فإن كانت في الذمة . . فعلى المؤجر الإبدال ، فإن امتنع . . استؤجر عليه ، كذا أطلقه الرافعي^(١) ، وفي كلام الماوردي ما يقتضي : تقييده بما إذا كانت مقدرة بمدة ، فأما إذا قدرت الإجارة على العين بعمل ؛ كما لو استأجر بعيراً ليركبه إلى مكة . . فلا تنسخ بالغصب ، وله أن يركبه متى حصلت القدرة عليه ، قاله البغوي والرافعي^(٢) ، وهو مقتضى كلام العراقيين ، وقال المراوزة : تنتهي الإجارة إذا مضى زمن يسع استيفاء المنفعة .

قوله : (ولو أكرى جمالاً وهرب وتركها عند المكتري . . راجع القاضي ليمونها من مال الجمال ، فإن لم يجد له مالاً . . اقترض عليه) أي : الحاكم إما من بيت المال أو من المكتري أو من غيره ، ويجب على القاضي إذا سأله المكتري ما ذكرناه ، سواء كانت الإجارة على عينها أو على الذمة وسلمها عنها .

والذي يقترض ثمن المعلوفة وأجرة خادم على حسب الحاجة ، ويقدرهما القاضي ؛ ليسقط التنازع ، هذا هو الأولى .

وقوله : (فإن لم يجد له مالاً) قد يفهم : أنه إذا كان في الجمال زيادة على حاجة المستأجر . . قدم بيع الفاضل على القرض ؛ كما صرح به في « التنبيه »^(٣) ، قال في « التحرير » : وينبغي أن يحمل إطلاق الرافعي والنووي عليه^(٤) .

(١) الشرح الكبير (١٧١ / ٦) .

(٢) الشرح الكبير (١٧١ / ٦) ، التهذيب (٤٣٧ / ٤) .

(٣) التنبيه (ص : ٨٥) .

(٤) تحرير الفتاوى (٢٨٩ / ٢) .

فَإِنْ وَثَّقَ بِالْمُكْتَرِي . . دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَإِلَّا . . جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ الثَّقَةِ ، وَلَوْ أذنَ لِلْمُكْتَرِي فِي الْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ . . جَازَ فِي الْأَظْهَرِ .

قوله : (فَإِنْ وَثَّقَ بِالْمُكْتَرِي . . دفعه إليه) أي : سواء اقترضه منه أو من غيره (وإلا) أي : وإن لم يثق به (. . جعله عند ثقة) أي : المال الذي يقترضه القاضي ، أو يأخذه مما يجده للمكري ؛ لينفقه عليها ، وحكى القاضي أبو الطيب في « التعليقة » في جواز دفعه إلى المكري قولين .

قوله : (وله أن يبيع منها قدر النفقة) يعني : إذا تعذر الاقتراض . . باع الحاكم منها بقدر الحاجة ؛ لينفق عليها .

والتعبير بالتعذر هو مقتضى كلام السبكي و« الروضة »^(١) خلافاً لما تعطيه عبارة الكتاب ؛ من التخيير بين الإقراض والبيع .

قوله : (ولو أذن للمكترى في الإنفاق من ماله ليرجع . . جاز في الأظهر) كما لو استقرض منه ودفعه إليه ، والثاني : لا يجوز ؛ لأنه يؤدي إلى قبول قوله فيما يستحقه على غيره ، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين .

وعلى الأول : يقبل قوله في النفقة بالمعروف إذا نازعه الجمال ، وقيل : المصدق الجمال ، وقيل : يرجع فيه إلى عرف الناس ، ويجب ما يقتضيه ، سواء وافق أحدهما أو خالفه .

وإذا انقضت مدة الإجارة ، ولم يعد الجمال . . باع الحاكم منها ما يقضي بثلثه ما اقترضه ويحفظ باقيةا ، وإن رأى بيعها كيلاً يأكل نفسها . . جاز .

(١) روضة الطالبين (٤/٣١٥) .

وَمَتَى قَبْضَ الْمُكْتَرِي الدَّارَ أَوْ الدَّابَّةَ وَأَمْسَكَهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ . .
 اسْتَقَرَّتِ الْأَجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ ، وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ
 وَقَبْضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ إِذَا
 سَلَّمَ الدَّابَّةَ الْمَوْصُوفَةَ .

فرع : إذا لم يكن حاكم ، أو وجد وتعذر ، فأنفق وأشهد وشرط
 الرجوع . . رجع في الأصح .

قوله : (ومتى قبض المكري الدار أو الدابة^(١) وأمسكها حتى مضت مدة
 الإجارة . . استقرت الأجرة وإن لم ينتفع) لأن بمضي المدة تنتهي الإجارة وقد
 حصل له المقصود ، وهو القبض في المدة والتمكن من استيفاء المنفعة ، سواء
 انتفع أو لم ينتفع^(٢) ، وليس له الانتفاع بعد المدة ، فلو فعل . . لزمه أجرة
 المثل لذلك الانتفاع مع المسمى عن المدة الماضية .

قوله : (وكذا لو اكترى^(٣) دابة لركوب إلى موضع وقبضها ومضت مدة
 إمكان السير إليه) يعني : أن زمان إمكان العمل بعد القبض في الإجارة المقدرة
 بعمل . . كالمدة المعينة في استقرار الأجرة ، والتقييد بالقبض لاستقرار
 الأجرة ، أما انتهاء المدة . . فلا يشترط فيه القبض ، بل زمان الإمكان محسوب
 من حين العقد ؛ كما في المقدرة بالمدة ، فإذا فرض تأخر القبض . . انفسخ
 فيه ؛ كما سيأتي^(٤) .

قوله : (وسواء فيه إجارة العين والذمة إذا سلم الدابة الموصوفة) أي : في

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (الدابة أو الدار) .

(٢) وفي (ب) : (أم لم ينتفع) .

(٣) وفي (أ) : (ولو اكترى) بدون (كذا) .

(٤) أي : في قول المتن آنفاً : (ولو أكرى عيناً مدة ولم يسلمها حتى مضت . . انفسخت) .

وَتَسْتَقَرُّ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرُهُ الْمِثْلُ بِمَا يَسْتَقَرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ .

المسألتين المقدرة بمدة والمقدرة بعمل ، وسواء كان عدم الاستيفاء لعذر قام به ؛ كمرضه ، أو بالطريق ؛ كخوفه وجدبه ، أو لا لعذر ؛ لأنه متمكن من السفر عليها إلى بلد آخر ، ومن استعمالها في البلد تلك المدة .

وقال الماوردي : إذا كان الامتناع بعذر في الدابة ؛ كمرضها ، أو لخوف في الطريق . . فلا أجر على المستأجر ؛ لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره^(١) ، وحمله ابن الرفعة على ما إذا شمل الخوف ركوبها وإركابها في كل الجهات ، أو كان الغرض الأعظم ركوبها في السفر ، وهو في الحضر تافه ، قال السبكي : ونهاية هذا أنه وجه ، والصحيح ما قاله الرافعي^(٢) ، وليس للمستأجر عند تعذر الاستيفاء الفسخ ولا إلزام المالك رد الدابة إلى أن يتيسر الخروج .

وقوله : (إذا سلم) متعلق بالذمة فقط ، قال الزركشي : واحترز به : عما إذا لم يسلمها . . فلا تستقر الأجرة ؛ لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء ؛ كالمسلم فيه .

قوله : (وتستقر في الإجارة الفاسدة أجره المثل بما يستقر به المسمى في الصحيحة) يعني : سواء انتفع أو لم ينتفع ، وسواء كانت أجره المثل أقل من المسمى أو أكثر .

ويَرُدُّ على إطلاقه : التخلية ، فإنها تكفي للقبض في الإجارة الصحيحة ولا تكفي في الفاسدة ، بل لا بد فيها لترتيب الضمان من القبض الحقيقي .

(١) الحاوي الكبير (٢٠٣/٩) .

(٢) الشرح الكبير (١٧٥/٦) .

وَلَوْ أَكْرَى عَيْنًا مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ . . انْفَسَخَتْ ، وَلَوْ لَمْ يُقَدَّرْ مُدَّةً وَأَجَرَ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ السَّيْرِ . .
فَالْأَصَحُّ : أَنَّهَا لَا تَنْفَسَخُ .

وَلَوْ أَجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ . . فَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ ،

قوله : (ولو أكرى عيناً مدة ولم يسلمها حتى مضت . . انفسخت) لفوات المعقود عليه ، ولو أمسكها بعد المدة ثم سلمها . . انفسخت الإجارة في المدة التي تلفت منافعها فيها ، وفي الباقي الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض ، فإن قلنا : لا تنفسخ . . فللمستأجر الخيار ، ولا يبدل زمان بزمان ، فإن استوفى المنفعة . . فطريقان ؛ أحدهما : أنه كإتلاف البائع المبيع قبل القبض ، والثاني : القطع بالانفساخ .

قوله : (ولو لم يقدر مدة وأجر لركوب إلى موضع ولم يسلمها حتى مضت مدة السير . . فالأصح : أنها لا تنفسخ) لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة دون الزمان ولم يتعذر استيفائها ، ويخالف حبس المكثري ، فإننا لو لم نقرر به الأجرة . . لضاعت المنفعة على المكري .

والثاني : أنها تنفسخ ؛ لأن المدة حيث تذكر ليست مقصودة ، وإنما المقصود المنفعة فيها ، فليكن الاعتبار بمضي زمان إمكان الانتفاع ، وعلى الأصح : لا خيار للمستأجر ؛ كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ، ثم سلمه .

قوله : (ولو أجر عبده ثم أعتقه . . فالأصح : أنه^(١) لا تنفسخ الإجارة)

(١) وفي بعض الشروح المطبوعة : (فالأصح : أنها) ، وشرحه ابن حجر (٣٣٠/٦)
بـ (« فالأصح : أنها » أي : القصة في ذلك) وكذا شرّحه الرملي (٣٢٧/٥) ، قال ابن قاسم (١٩٨/٦) : (قوله : « أي : القصة في ذلك ») يجوز أيضاً رجوع الضمير =

وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ ،

كما لو أجر المالك داره ، ثم مات ، وقيل : تنفسخ ، أما العتق . . فلا خلاف في نفوذه ، لكن لو أجر أم ولده ثم عتقت بموته في أثناء المدة ، أو المعلق عتقه بصفة ووجدت في المدة . . ففي « الروضة » : أنهما على الخلاف فيما لو أجر البطن الأول الوقف ثم مات^(١) .

ومقتضاه : تصحيح انفساخ الإجارة فيهما ، قال الزركشي : مقتضى كلام الرافي في (الوقف) : الجزم بالصحة في المستولدة^(٢) وهو القياس ؛ كالعبد ؛ ولهذا قال في « الكافي » : إنه الأصح .

قال في « التحرير » : وقد تخرج صورتان بقول « المنهاج » : (أعتقه) فإنه لم ينشئ فيهما بعد الإجارة عتقاً^(٣) .

قال الزركشي : عبر بالصحيح^(٤) ؛ لضعف الخلاف ، وعدم الانفساخ منصوص « الأم » .

قوله : (وأنه لا خيار للعبد) أي : في فسخ الإجارة تفريعاً على الأصح ؛ لأن السيد تصرف لنفسه في خالص ملكه فلا اعتراض عليه ، وقيل : يثبت له الخيار ؛ كما إذا عتقت الأمة تحت زوج رقيق .

= للإجارة ، ويكون قوله : « الإجارة » من الإظهار موضع الإضمار) .

(١) روضة الطالبين (٣٢٠ / ٤) .

(٢) الشرح الكبير (٢٥٢ / ٦) .

(٣) تحرير الفتاوى (٢٩٢ / ٢) .

(٤) لعل مراده ما في « روضة الطالبين » (٣٢٠ / ٤) ، وإلا . . فالذي في المتن هنا : (الأصح) ، قال ابن الملقن في « عمدة المحتاج » (٥٣١ / ٨) : (قلت : وينبغي للمصنف حينئذ التعبير بـ « الصحيح » لا بـ « الأصح » لما ذكره الإمام - أي : من أن المقابل ضعيف جداً - وقد وفى بذلك في « الروضة » فعبر بـ « الصحيح ») .

وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأَجْرَةٍ مَا بَعْدَ الْعَتَقِ .
وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْتَأْجِرَةِ لِلْمُكْتَرِي ، وَلَا تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ فِي الْأَصَحِّ ، . .

قوله : (والأظهر : أنه لا يرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق) كما لو زوج أمته واستقر مهرها بالدخول ثم أعتقها . . لا ترجع بشيء ، وهذا هو الجديد ، والقديم : أن العبد يرجع بأجرة مثل تلك المدة الباقية .

قال في « المهمات » : القول بالرجوع نص عليه في « الأم » في (باب الصلح) الذي بعد أبواب اللعان وآخره : ويرجع بها على السيد ؛ لأن الإجارة بيع من البيوع لا ينقض^(١) ، قال ابن العماد : هذا التعليل لا يناسب الرجوع ، وإنما يناسب عدمه فلعل صوابه : (لا يرجع) وسقطت لفظة (لا) .

وقيل : الخلاف وجهان ، ورجحه في « الشرح الصغير » ، وعلى الثاني : نفقته في تلك المدة على نفسه ، وعلى الأصح : في بيت المال .

قوله : (ويصح بيع المستأجرة) أي : قبل انقضاء المدة (للمكتر) أي : بلا خلاف (ولا تنفسخ الإجارة في الأصح) لأن الإجارة وردت على المنفعة ، فلم تمنع من بيع الرقبة ؛ كما لو اشترى الثمرة ، ثم اشترى الشجرة .

والثاني : تنفسخ ؛ كما لو اشترى زوجته ينفسخ النكاح ؛ لأن المنافع تتبع الرقبة ، ويعبر عن هذا : بأن الإجارة والملك لا يجتمعان ، فعلى هذا : هل يرجع المستأجر على المؤجر بأجرة بقية المدة إن كان دفعها ، ويسقط عنه إن لم يكن دفعها ؟ وجهان ؛ أصحهما : نعم .

وإذا قلنا : لا تنفسخ . . استوفى المستأجر ما بقي بحكم العقد واستقرت عليه الأجرة ، فلو تلفت المنافع في أثناء المدة . . انفسخت الإجارة ورجع

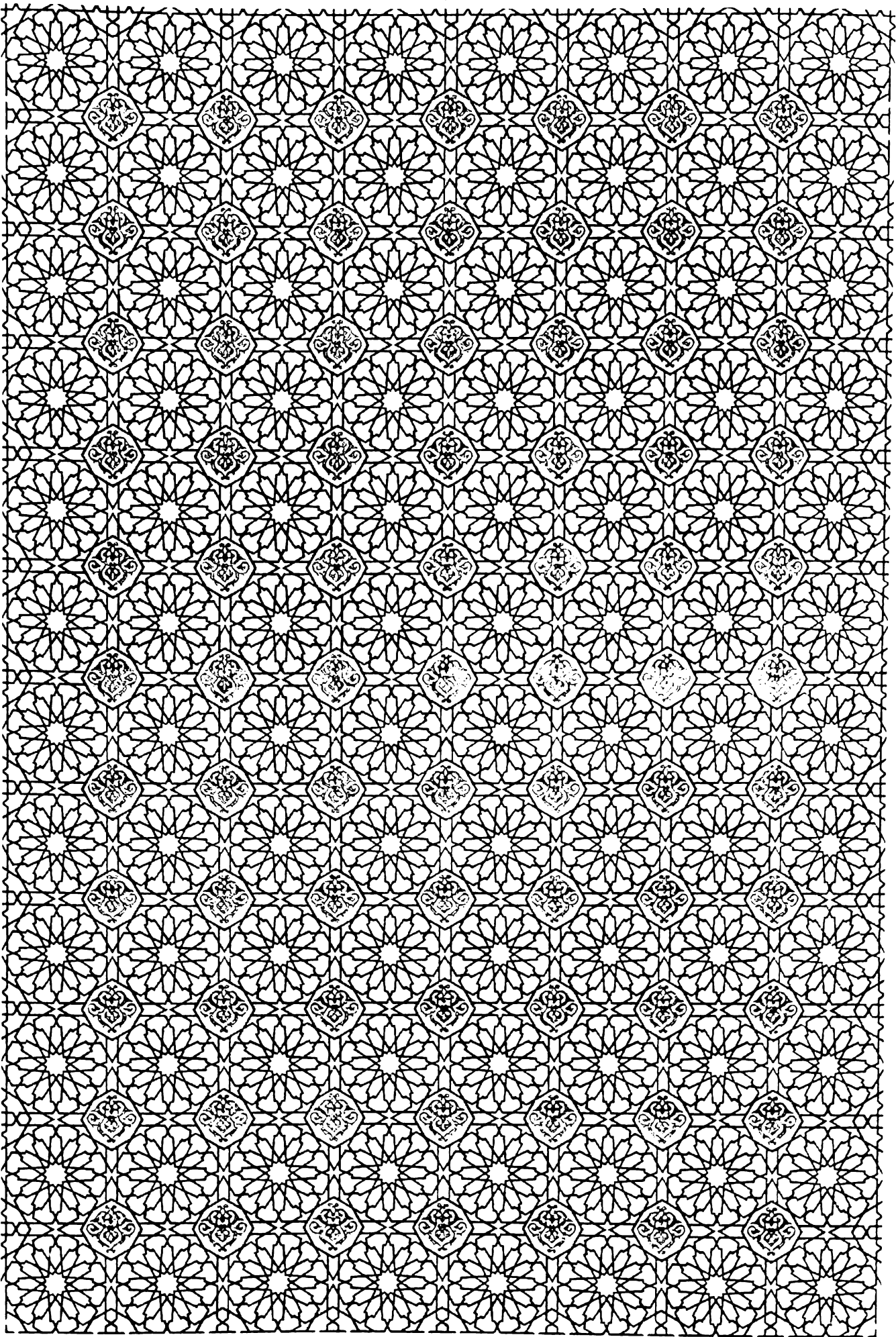
(١) المهمات (١٨٣/٦) ، الأم (٤٧١/٤) .

وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ . . جَازَ فِي الْأَظْهَرِ وَلَا تَنْفَسُخُ .

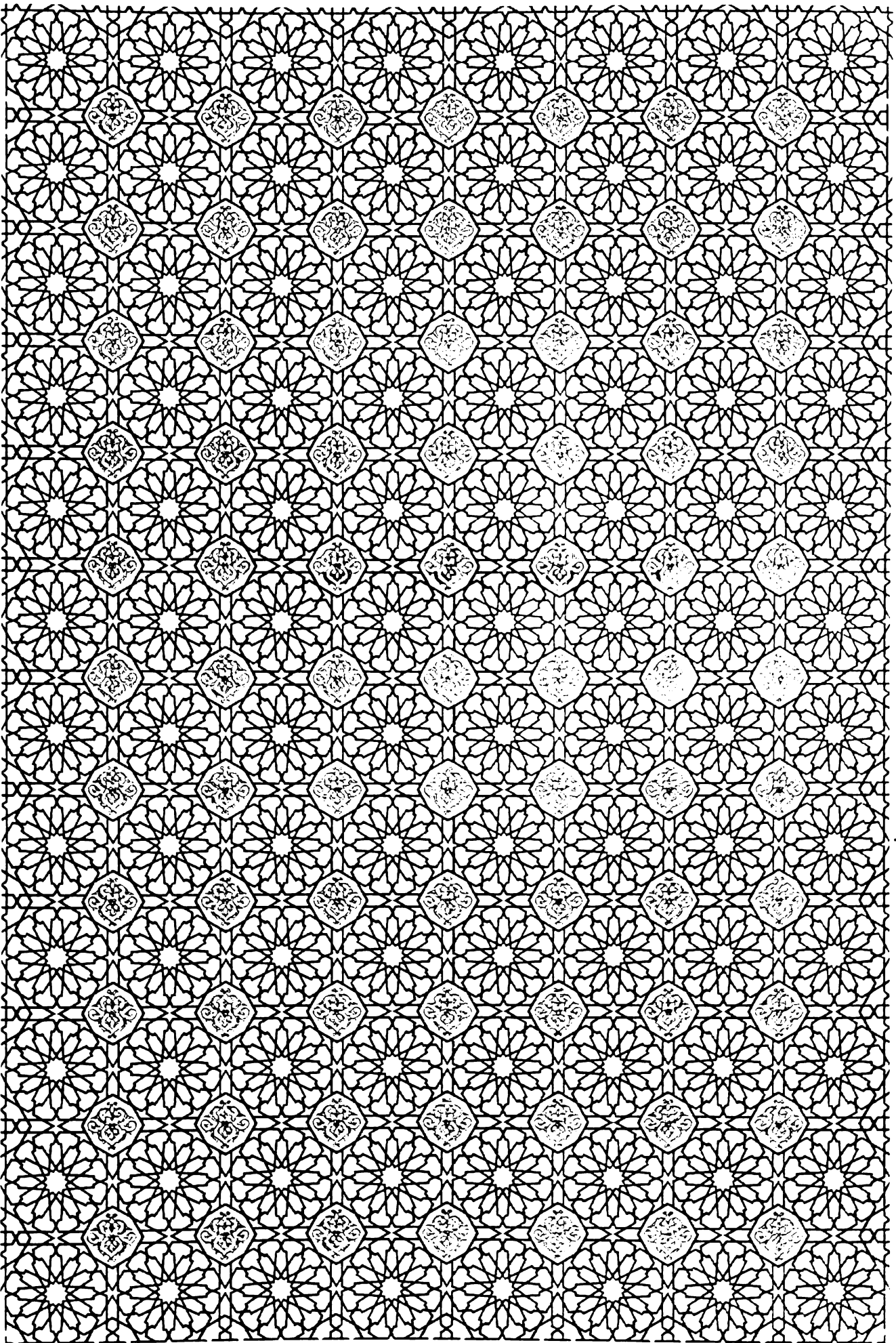
المشتري على المؤجر بأجرة بقية المدة ، وفي انفساخها فيما مضى طريقان .
ولو فسخ البيع بعيب في المدة . . فله الإمساك بحكم الإجارة .
قوله : (ولو باعها لغيره . . جاز في الأظهر) لأن الإجارة إنما ترد على
المنفعة ، فلا يمنع بيع الرقبة ؛ كالتزويج ، والثاني : لا يصح ؛ لأن يد
المستأجر حائلة .

وهما جاريان أذن المستأجر أو لم يأذن ، قاله في « التتمة » .
قوله : (ولا تنفسخ) أي : إذا قلنا بالأظهر ؛ كما لا ينفسخ النكاح ببيع
الأمة المزوجة ، ويترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، وللمشتري فسخ
البيع إن كان جاهلاً ، وإن كان عالماً . . فلا فسخ له ولا أجرة لتلك المدة ،
وكذا لو كان جاهلاً وأجاز ، قاله البغوي رحمه الله تعالى^(١) .

* * *



كتاب إحياء الموات



كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

الأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِلَادِ الْإِسْلَامِ

(كتاب إحياء الموات)

الأصل فيه : قوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » . رواه أبو داود والترمذي والنسائي من رواية سعيد بن زيد أحد العشرة رضي الله عنهم^(١) .

والصحيح في روايته : « عرق » ووصفه بـ « ظالم » .

قال الماوردي والرويانى : حد الموات عند الشافعي ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامراً^(٢) .

وروى النسائي من حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ ، وَمَا أَكَلَتِ الْعَوَافِي^(٣) مِنْهَا . . فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ »^(٤) . واستدل به الرافعي للاستحباب^(٥) .

قال السبكي : وسندهما صحيح ، قال : والأكثر أن اقتصروا على الجواز .
وكون الإحياء سبباً للملك مجمع عليه وإن اختلفوا في شرطه .

قوله : (الأرض التي لم تعمر قط إن كانت ببلاد الإسلام . .

(١) سنن أبي داود (٣٠٧٣) ، سنن الترمذي (١٤٣٣) ، السنن الكبرى (٥٩٤٠) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٤٤ / ٩) ، بحر المذهب (٢٨٥ / ٧) .

(٣) أي : طلاب الرزق من إنسان أو طير أو بهيمة . راجع « تحفة المحتاج » (٣٤٠ / ٦) .

(٤) السنن الكبرى (٥٩٣٦) .

(٥) الشرح الكبير (٢٠٧ / ٦) .

فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ ، وَإِنْ كَانَتْ بِلَادِ كُفَّارٍ . فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا ، وَكَذَا لِلْمُسْلِمِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ

فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالْإِحْيَاءِ (للحديث ، سواء أذن فيه الإمام أم لم يأذن .
نعم ؛ يستحب استئذانه ؛ خروجاً من الخلاف ، نقله الزركشي عن
الصيمري .

قوله : (وليس هو لذي) أي : ليس له أن يحيي في بلاد الإسلام ،
لا بإذن الإمام ولا بغير إذنه ، ولو أذن له . لم يصح إذنه ، ولو أحيا . لم
يملك ؛ لأنه استعلاء ، وليس للكافر أن يستعلي في بلاد الإسلام .
وإنما خص المصنف الذمي ؛ لأنه يعلم منه المنع في المعاهد والمستأمن
من طريق أولى .

فقوله : (للمسلم تملكها) محمول على الحر ؛ لأن العبد إذا أحيا شيئاً .
ملكه سيده وإن لم يأذن فيه .

ويخرج الصبي والمجنون ؛ لأنهما يملكان ولا يملكان .

قال السبكي : المميز والمجنون الذي له إفاقة إذا وجد منهما صورة الإحياء
وقصدٌ صحيحٌ لا مانع من الملك ، والحديث يقتضيه ، وعبرة « التنبيه »
تقتضيه^(١) .

فائدة : قط معناها : الزمان الماضي ، والمشهور : فتح القاف وضم الطاء
مشددة .

قوله : (وإن كانت بلاد كفار^(٢)) فلهم إحيائها) لأنها من حقوق دارهم
ولا ضرر على المسلمين فيه (وكذا لمسلم إن كانت مما لا يذبون) أي :

(١) التنبيه (ص : ٨٨) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ببلاد الكفار) .

الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا .

وَمَا كَانَ مَعْمُوراً . فَلِمَالِكِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ . فَمَالٌ ضَائِعٌ ،

يدفعون (المسلمين عنها) لعموم الحديث ، ولا يملك بالاستيلاء عليها ؛ لأنها ليست ملكهم ولا يدفعون عنها ، وصرح في « المحرر » : بأن ما يذبون عنه لا يملكه المسلم بالإحياء^(١) .

قال السبكي : وذلك إنما يصح في الأرض التي صولحوا على أن تكون لهم ، أو في أرض الهدنة ، أما دار الحرب . فالذي ينبغي أن يكون الصحيح : أنه يملك بالإحياء ؛ كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره .

وفهم من كلامه : أن الذي يذبون عنه ليس للمسلمين إحياءه ، وهو كذلك كعامرهم .

وقيل : إنما يجب الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح ، وقيد الجواز في « الوسيط » بما إذا قدر على الإقامة^(٢) ؛ لأن بها تتحقق سلطنته ، وإلا . فهو مضيع لعمارته .

قوله : (وما كان معموراً . فلمالكه) أي : مسلماً كان أو ذمياً ، وشمل المعمور الآن وكذا ما كان معموراً فزالت عمارته ، فلا يملك بالإحياء على الصحيح سواء عرف أربابه أو لم يُعرفوا .

قوله : (فإن لم يعرف) أي : مالكه (والعمارة إسلامية . . فمال ضائع) قال السبكي : الذي تحرر أنه لبيت المال ؛ لأن كل ما لا يعرف مالكه ولا يرجى ظهوره . . فهو لبيت المال .

(١) المحرر (٢ / ٧٨٠) .

(٢) الوسيط (٢ / ٣٨٨) .

وَأِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً . . فَلَا ظَهْرُ : أَنَّهُ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ .
وَلَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ حَرِيمٌ مَعْمُورٌ ، وَهُوَ : مَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ
الانْتِفَاعِ .

ويجوز إحياءه بإذن الإمام ؛ كسائر أموال بيت المال ، لا بطريق الإحياء .
وحمل ما نقله الرافعي عن الإمام : أنه إن رأى الإمام حفظه إلى أن يظهر
ماله ، وإن رأى باعه وحفظ ثمنه^(١) . . على الآلات التي تقلع .
قوله : (وإن كانت جاهلية) أي : عليها أثر عمارتهم (. .) . فلا يظهر : أنه
يملك بالإحياء) لما روي مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عَادِيُّ
الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِني » . رواه الشافعي وغيره^(٢) ، يريد ديار
عادٍ ، فهي كانت معمورة ثم خربت فصارت مواتاً .
والثاني : لا ؛ لأنه يجوز أن يكون ملكاً لمن لم تبلغه الدعوة وقد ورثه
مسلم أو كافر لا يحل ماله .
والضمير في (أنه) عائد على ما كان معموراً ثم خرب ، قاله الزركشي^(٣) .
قوله : (ولا يملك بالإحياء حريم معمور ، وهو : ما تمس الحاجة إليه
لتمام الانتفاع) أي : لا يجوز لغير صاحبه إحياءه بلا خلاف .
والأصح : أنه يملك تلك المواضع كنفس المعمور .

(١) الشرح الكبير (٢٠٨/٦) ، نهاية المطلب (٢٨٢/٨) .
(٢) مسند الشافعي (١٧٦٩) ، وأخرجه البيهقي في « الكبير » (١١٩٠٢) عن طاووس عن
النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا ، وأخرجه البيهقي أيضاً عن طاووس عن ابن عباس موصولاً
(١١٩٠٤) ، وقال : (تفرد به معاوية بن هشام مرفوعاً موصولاً) ، قال الحافظ في
« التلخيص » (١٤٩/٣) : (وهو مما أنكر عليه) .
(٣) وفي (أ) : (قاله السبكي) .

فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ : النَّادِي ، وَمُرْتَكْضُ الْخَيْلِ ، وَمُنَاخُ الْإِبِلِ ، وَمَطْرَحُ
الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا

والحریم : الذي يحرم منع صاحبه منه ، ويحرم على غيره التصرف فيه .

وقوله : (تمس) تنبيه على أن المعتبر : أدنى حاجته .

قوله : (فحریم القرية : النادي ، ومرتکض الخيل ، ومناخ الإبل ،
ومطرح الرماد ونحوها) أي : كملعب الصبيان ، وطرق القرية ، ومسيل
الماء ، ومراح الغنم ؛ للعرف .

و(النادي) : المجلس الذي يجتمع فيه القوم يندون ؛ أي : يتحدثون ،
ويسمى : النَّدِيَّ ما داموا فيه ، ويقال : النادي لأهل المجلس ، وهو مراد
« المحرر » بقوله : (مجتمع النادي)^(١) ، قال تعالى : ﴿ فَلْيَدْعُ نَادِيَهُ ﴾ [العلق :
١٧] أي : أهل ناديه .

وأصل الركض : ضرب الدابة بالرجل ، ثم استعمل في سوق الفرس ،
والارتكاض : الاضطراب الحاصل لها من السوق ، والمرتکض : مكان
ذلك ، بفتح الكاف .

والمُنَاخ بضم الميم : مكان إناخة الجمال .

وأما مرعى البهائم . . فقطع الإمام بأن البعيد ليس من حريمها وكذلك
القريب على الظاهر عنده^(٢) ، وعده البغوي من حقوق القرية مطلقاً^(٣) ،
واختاره السبكي ، قال الرافعي : والمحتطب كالمرعى^(٤) .

(١) المحرر (٧٨١ / ٢) .

(٢) نهاية المطلب (٣٣٥ / ٨) .

(٣) التهذيب (٤٩٠ / ٤) .

(٤) الشرح الكبير (٢١٣ / ٦) .

وَحَرِيمُ الْبُئْرِ فِي الْمَوَاتِ : مَوْقِفُ النَّازِحِ ، وَالْحَوْضُ وَالْدُّوْلَابُ ، وَمُجْتَمَعُ الْمَاءِ ، وَمُتَرَدِّدُ الدَّابَّةِ ،

قوله : (وحريم البئر في الموات : موقف النازح ، والحوض والدولاب ، ومجتمع الماء ، ومتردد الدابة) .

قوله : (في الموات) في موضع الحال من البئر ؛ أي : كائناً في الموات ، وهو احتراز من المحفورة في ملكه ، لكن فيه إشكال من جهة العربية^(١) .

و(موقف النازح) - أي : المستقي - الموضع الذي يقف فيه .

والمعدود من الحريم موضع الدولاب لا هو .

و(الحوض) بضم الضاد : مكان اجتماع الماء .

و(مجتمع الماء) تكرير له بغير اسمه فكان الأولى تركه ، وذكر مصب الماء ؛ كما في « المحرر » و« الشرح »^(٢) ، قاله السبكي ، وقال في « التحرير » : أراد بـ(مجتمع الماء) : المكان الذي ينصب فيه الماء ويجتمع ثم يذهب إلى الحوض^(٣) .

وقيد في « الشرح » موضع الدولاب ومتردد الدابة . . بما إذا كان الاستقاء بهما^(٤) .

وقيل : حريم البئر قدر عمقها من كل جانب ، وروى ابن ماجه عن

(١) راجع الإشكال في « تحرير الفتاوي » (٢/ ٢٩٩) ، والجواب عنه في « تحفة المحتاج » (٣٤٥/٦) .

(٢) المحرر (٢/ ٧٨١) ، الشرح الكبير (٦/ ٢١٤) .

(٣) تحرير الفتاوي (٢/ ٢٩٩) .

(٤) الشرح الكبير (٦/ ٢١٤) .

وَحَرِيمُ الدَّارِ فِي الْمَوَاتِ : مَطْرَحُ رَمَادٍ ، وَكُنَاسَةٍ ، وَثَلَجٍ ، وَمَمَرٌ فِي صَوْبِ
الْبَابِ ، وَحَرِيمُ آبَارِ الْقَنَاةِ : مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ . . . نَقَصَ مَأْوَهَا أَوْ خِيفَ
الْأَنْهْيَارُ .

عبد الله بن مغفل : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ حَفَرَ بَثْرًا . . فَلَهُ
أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطْنًا لِمَاشِيَّتِهِ » . وفي سنده ضعف^(١) .

فرع : قال الماوردي : حريم الأرض المحياة للزراعة : طرفها ، ومفيض
مائها ، ويئدر زرعها ، وما لا يستغنى عنه من مرافقها^(٢) .

قوله : (وحريم الدار في الموات : مطرح رماد وكناسة وثلج وممر في
صوب الباب) أي : جهته ، وكذا عبارة « المحرر »^(٣) و« الشرح الصغير » ،
والمعروف في اللغة أن الصوب : نزول المطر ، والصوب : الصواب ، وكأنه
نقل إلى الجهة التي ينزل فيها من علو إلى أسفل^(٤) ، ثم إلى مطلق الجهة .

قال الرافعي : وليس المراد استحقاق الممر قبالة الباب على امتداد
الموات ، بل يجوز لغيره إحياء ما قبالة الباب إذا أبقى الممر له ، فإن احتاج
إلى انعطاف وازورار . . فعل^(٥) .

وممر معطوف على (مطرح) .

قوله : (وحريم آبار القناة : ما لو حفر فيه . . نقص مأوها أو خيف
الانهيار) يعني : أن آبار القناة لا يستقى منها ، فلا يحتاج إلى موقف نازح
ولا شيء مما تقدم ، وإنما يحتاج إلى حفظها وحفظ الماء ، فحريمها

(١) سنن ابن ماجه (٢٤٨٦) ، وراجع « التلخيص الحبير » (١٥٠ / ٣) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٥١ / ٩) .

(٣) المحرر (٧٨١ / ٢) .

(٤) وفي (أ) : (سفل) .

(٥) الشرح الكبير (٢١٣ / ٦) .

وَالدَّارُ الْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لَا حَرِيمَ لَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ ، فَإِنْ تَعَدَّى . . ضَمِنَ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ الْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حَمَامًا وَإِصْطِبَلًا ، وَحَانُوتَهُ فِي الْبَزَازِينَ حَانُوتَ حَدَادٍ إِذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمَ الْجُدْرَانَ .

ما ذكره ، ويختلف بصلابة الأرض ورخاوتها .

وقيل : إن حريمها حريم البئر التي يستقى منها ، فلا يمنع من الحفر بعد ما جاوزه وإن نقص^(١) .

قوله : (والدار المحفوفة بدور لا حريم لها) لأن الأملاك متعارضة وليس جعل موضع حريما لدار بأولى من جعله حريماً لأخرى .

وقوله : (المحفوفة) ليس بقيد ، بل غير المحفوفة كذلك إذا كانت في طريق نافذ ، قاله الرافعي في (باب الأصول والثمار)^(٢) ، نقله الزركشي .

قوله : (ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة) أي : وإن أفضى إلى تلف ما لم يتعد .

قوله : (فإن تعدى . . ضمن) كما إذا أسرف أو أوقد النار في وقت هبوب الرياح ؛ لعدوانه .

قوله : (والأصح : أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً أو إصطبلًا ، وحانوته في البزازين حانوت حداد إذا احتاط وأحكم الجدران) أي : إحكاماً يليق بما يقصده ؛ لأنه متصرف في خالص ملكه ، وفي منعه إضرار به .

والثاني : المنع ؛ للضرر .

(١) الشرح الكبير (٢١٣/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٣٣٧/٤) .

وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ الْحَرَمِ دُونَ عَرَافَاتِ فِي الْأَصَحِّ .

وكذا اتخاذ الدار طاحونة ، والحانوت حانوت قصار ونحوه ، ولو فعل ما الغالب منه خلل في حيطان الجار . . فالأصح : المنع ؛ كما إذا دق في داره عنيفاً فأزعج حيطان داره ، أو حبس الماء في ملكه بحيث ينتشر منه النداءة إلى حيطان داره .

وإذا اختصرت . . قلت : ثلاثة أوجه ؛ ثالثها - وهو الأصح - : يمنع مما يضر بالملك ولا يمنع مما يضر بالمالك .

قوله : (ويجوز إحياء موات الحرم) أي : موات الحرم يملك بالإحياء كما أن معموره يملك بالبيع والهبة (دون عرفات في الأصح) أي : فلا يجوز إحياءه ؛ لتعلق حق الوقوف بها ، والثاني : يجوز كغيرها ، والخلاف في إحياء بعض بقاعها ؛ كما فرضه الإمام^(١) ، واقتضى كلامه : امتناع الجميع بلا خلاف ، قاله الزركشي .

ولو قال : ولا يجوز في عرفات في الأصح . . لكان أحسن ؛ لئلا يوهم أن عرفات مستثناة من الحرم ، وأن الخلاف فيهما ولا خلاف في الحرم .

وفي عرفة ثلاثة أوجه ؛ أصحها : ما ذكره ، وثالثها : الفرق بين أن يضيق فيمنع ، وبين ألا يضيق فلا يمنع .

وذكر المصنف للخلاف في جواز الإحياء بعرفة تبع فيه « المحرر » والغزالي^(٢) ، وفي « الروضة » و« الشرح » حكاه في الملك لا في الجواز^(٣) ،

(١) نهاية المطلب (٣٠٢/٨) .

(٢) المحرر (٧٨٢/٢) ، الوسيط (٣٨٩/٢) .

(٣) روضة الطالبين (٣٥١-٣٥٦/٤) ، الشرح الكبير (٢١٦-٢١٧) .

قُلْتُ : وَمُزْدَلِفَةٌ وَمِنْى كَعَرَفَةٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .
وَيَخْتَلِفُ الْإِحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ ؛ فَإِنْ أَرَادَ مَسْكَنًا . . اشْتَرَطَ تَحْوِيطُ
الْبُقْعَةِ وَسَقْفُ بَعْضِهَا وَتَعْلِيقُ بَابٍ ، وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ .

ولا يلزم من عدم الجواز عدم الملك بدليل الإحياء فيما يحجره غيره ، قاله
الإسنوي^(١) .

(قلت : ومزدلفة ومنى كعرفة ، والله أعلم) عبارته توهم : أن خلاف عرفة
جار فيه ، وبه صرح في « التصحيح » ، لكن عبارة « الروضة » : ينبغي أن
يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات ؛ لوجود المعنى^(٢) ، وهي تعطي
أنه تَفَقُّهُ ، وفي كلام ابن الرفعة ما يقتضي الجزم بأنه لا يجوز ؛ لقوله صلى الله
عليه وسلم : « مِنْى مَنَاحٌ مِّنْ سَبَقٍ » . رواه الترمذي وصححه الحاكم^(٣) .

قوله : (ويختلف الإحياء بحسب الغرض) قال في « التنبيه » :
والإحياء : أن يهَيء الأرض لما يريد^(٤) ؛ لأن الشرع ورد بالإحياء مطلقاً ،
وليس له ضابط في الشرع ولا في اللغة فيرجع إلى العرف ، وهو في كل شيء
بحسبه .

قوله : (فإن أراد مسكناً . . اشترط تحويط البقعة وسقف بعضها وتعليق
باب ، وفي الباب وجه) أي : أنه لا يشترط ؛ لأنه للحفظ ، والسكنى
لا يتوقف عليه .

وقيل : لا يشترط السقف ، فكان الأولى أن يقول : (وفيهما وجه) .

(١) المهمات (٢٠٦/٦) .

(٢) روضة الطالبين (٣٥٢/٤) .

(٣) سنن الترمذي (٨٩٦) ، المستدرک (٤٦٦/١-٤٦٧) عن عائشة رضي الله عنها ، وراجع

« كفاية النبيه » (٤٠٢/١١) .

(٤) التنبيه (ص : ٨٨) .

أَوْ زَرِيَّةَ دَوَابٍّ . . فَتَحْوِيطٌ لَا سَقْفٌ ، وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ .
 أَوْ مَزْرَعَةً . . فَجَمْعُ التُّرَابِ حَوْلَهَا ، وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، وَتَرْتِيبُ مَائِهَا إِنْ
 لَمْ يَكْفِهَا الْمَطَرُ ،

والتحويط إما بالبناء أو ألواح الخشب بحسب العادة ، قاله الرافعي^(١) .
 قوله : (أو زريبة دواب . . فتحويط لا سقف) لأنه العادة (وفي الباب
 الخلاف) أي : السابق في المسكن ، وهنا أولى بالمنع ، أما التحويط . . فلا
 بد منه ، ولا يكفي نصب سقف وأحجار من غير بناء .
 ولو بنى في طرف واقتصر في الباقي على نصب أحجار وسعف . . حكى
 الإمام عن شيخه : أنه لا يكفي^(٢) ؛ وعن القاضي : أنه يكفي ؛ أي : في
 تملك موضع البناء فقط ؛ كما صرح به في « الكفاية »^(٣) .
 وتسمى الزريبة حظيرة أيضاً بالطاء ، وأصل الزريبة للغنم ، والحظيرة
 للإبل ، وقد يتخذان لحفظ الثمار ونحوها فذكر (الدواب) مثال .
 قوله : (أو مزرعة . . فجمع التراب حولها وتسوية الأرض وترتيب مائها إن
 لم يكفها المطر) أما جمع التراب فَلْيَنْفَصِلِ المحيى عن غيره ، وفي معناه
 قصب وحجر وشوك ، وأما التسوية فأدخل الرافعي فيها الحرث^(٤) ، قال
 السبكي : وقد يقال : إنه يكفي تهيئتها له إذا لم يشترط الزرع .
 وأما ترتيب الماء بشق ساقية من نهر أو حفر بئر أو قناة .

(١) الشرح الكبير (٢٤٤ / ٦) .

(٢) نهاية المطلب (٢٩٣ / ٨) .

(٣) كفاية النبيه (٣٨٣ / ١١) .

(٤) الشرح الكبير (٢٤٤ / ٦) .

لَا الزَّرَاعَةُ فِي الْأَصَحِّ .

أَوْ بُسْتَانًا . فَجَمْعُ التُّرَابِ ، وَالتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ،

وأطلق جماعة اشتراطه ، وأشار المصنف إلى تفصيل ، قال الرافعي : إنه الأشبه^(١) ، وهو : أن البقعة إن كفى لزرعها ماء السماء . . فلا يشترط ترتيب ماء ، وإذا احتاجت إلى ماء يساق إليها . . لزمه تهيئته ، فإذا حفر له . . كفى ، ولم يشترط الإجراء ولا السقي ، وإن لم يحفر . . فوجهان ؛ أشبههما في « الشرح الصغير » : أنه يكفي .

قوله : (لا الزراعة في الأصح) لأن الزراعة استيفاء منفعة الأرض ، واستيفاء المنفعة خارج عن حد الإحياء ؛ كسكنى الدار لا يعتبر في إحيائها ، وهذا الذي مال إليه الأكثرون وإن كان ظاهر النص : أنه لا بد من الزراعة ليحصل فيها من عين مال المحيي^(٢) .

قال الزركشي : حكى جمع الخلاف قولين وهو الأصح ، وأفاد الدارمي طرقاتاً فالفاء باصطلاحه : أن يعبر بـ (الأظهر) أو (المذهب) .

قوله : (أو بستاناً . . فجمع التراب ، والتحويط حيث جرت العادة به) عبارته توهم : أنه لا يشترط التحويط في موضع لم يعتد ، وعبارة « الشرحين » و « الروضة » : لا بد من التحويط ، والرجوع إلى العادة فيما يحوط به من بناء جدار أو قصب وشوك^(٣) .

قال الرافعي : وفي تعليق الباب الخلاف^(٤) .

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٤٤) .

(٢) الأم (٥/ ٧٨) .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٢٤٥) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٥٥) .

(٤) الشرح الكبير (٦/ ٢٤٤) .

وَتَهْيئةُ ماءٍ ، وَيُشترَطُ الغَرَسُ عَلَى المَذْهَبِ .
وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ ، أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ
.....

قال في « التحرير » : ومن المعلوم أنه لا يحتاج مع التحويط إلى جمع التراب ، فكان ينبغي لـ « المنهاج » أن يقيد جمع التراب بحالة عدم التحويط^(١) .

وقال الزركشي : ليس المراد جمعه حوله ؛ كما توهمه عبارته ، بل تهيئة تراب أرض البستان وإصلاحه ؛ كما قاله الروياني .

قوله : (وتهيئة ماء) القول فيه كالمزرعة (ويشترط الغرس على المذهب) والفرق بينه وبين الزرع : أن اسم المزرعة يقع على البقعة قبل الزرع ، واسم البستان لا يقع قبل الغرس ، وأن الزرع يسبقه تقليب الأرض وحرثها فجاز أن يقام مقامه ، والغرس لا يسبقه ما يقام مقامه ، وأن الغرس يدوم فألحق بأبنية الدار والزرع بخلافه .

وقيل : لا يعتبر إذا لم يعتبر الزرع في المزارعة ، قال الزركشي : وقيل : لا بد من الغرس قطعاً وإن لم يشترط الزرع ، وتعبير المصنف يقتضي ترجيحها^(٢) ، وكلام الرافعي يقتضي ترجيح طريقة الخلاف^(٣) .

ولا يشترط غرس الكل على الأصح عند الإمام^(٤) .

قوله : (ومن شرع في عمل إحياء ولم يتمه ، أو أعلم على بقعة) أي :

(١) تحرير الفتاوي (٣٠٢/٢) .

(٢) أي : ترجيح طريقة القطع .

(٣) المحرر (٧٨٤/٢) ، الشرح الكبير (٢٤٥/٦) .

(٤) نهاية المطلب (٢٩٤/٨) .

بَنْصَبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزِ أَخْشَابٍ .. فَمُتَحَجِّرٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، لَكِنْ الْأَصَحُّ :
أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ،

جعل له علامة (بنصب أحجار أو غرز أخشاب^(١) .. فمتحجر) اشتقاق التحجر من الحجر ، وهو : المنع ، فإنه بذلك منع غيره منه ، ومن أمثلته : حفر الأساس وجمع التراب وما أشبه ذلك .

وقوله : (في عمل) لأن الإحياء إنما يكون بأعمال ، فشروعه في العمل شروع في الإحياء .

وإنما قال : (ولم يتمه) لأنه لو أتمه .. ملكه ، ولك أن تجعل الضمير للإحياء ، والأولى جعله للعمل ؛ ليطابق قول « المحرر » : (ومن شرع في أعمال الإحياء ولم يُتَمَّها)^(٢) .

قوله : (وهو أحق به) لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ .. فَهُوَ لَهُ » . رواه أبو داود من حديث أسمر بن مضر ، وصححه الضياء في « المختارة »^(٣) .

قوله : (لكن الأصح : أنه لا يصح بيعه) أي : تفريعاً على أن التحجر لا يفيد الملك وهو الأصح ؛ لأن حق التملك لا يباع ؛ كما لا يبيع الشفيع الشقص قبل الأخذ .

وقيل : يصح ، وكأنه يبيع حق الاختصاص ، فلو لم يبيعه ولكن ولاه غيره .. جاز ، وصار الثاني أحق به بلا خلاف .

(١) قول المتن : (أو غرز أخشاب) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (أو غَرَزَ خشباً) .

(٢) المحرر (٧٨٤ / ٢) .

(٣) سنن أبي داود (٣٠٧١) ، المختارة (١٤٣٤) .

وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرٌ . . مَلَكَهُ ، وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحْجِيرِ . . قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ :
أَحْيِ أَوْ اتْرُكْ ، فَإِنْ اسْتَمَهَلَ . . أَمَهَلَ مُدَّةً قَرِيبَةً .

قال الزركشي : قال الماوردي : صرح الشافعي بالمنع في أكثر كتبه ؛
يعني : منع البيع ، وأشار إلى مقابله في (كتاب السير)^(١) ، فحق المصنف
التعبير بـ (الأظهر) .

قوله : (وأنه لو أحياه آخر . . ملكه) يعني : لو بادر غيره فأحيا
ما تحجره . . ملكه على الأصح ، سواء أذن له الإمام أم لا ؛ لأنه حقق سبب
الملك ، ولا خلاف أنه حرام عليه ؛ كمشتري السلعة التي في سوم غيره .

وقيل : لا يملك ؛ لئلا يبطل حق المتحجر . وقيل : إن انضم إلى التحجر
إقطاع السلطان . . لم يملك المحيي ، وإلا . . فيملك .

قوله : (ولو طالت مدة التحجر . . قال له السلطان : أحْيِ أَوْ اتْرُكْ) .

اعلم : أن المتحجر ينبغي أن يشتغل بالعمارة عقب التحجر ، فإن طالت
المدة ولم يحي . . خاطبه السلطان بما ذكر ، وليس لطول المدة حد معين ، بل
الرجوع فيه إلى العادة .

وهل يبطل اختصاصه بمجرد طول الزمان ، أو لا بد من الرفع إلى الإمام ؟
وجهان ينبنى عليهما جواز الإحياء لغيره بغير إذن الإمام ، أو لا بد من إذنه .

قوله : (فإن استمهَلَ . . أمهل مدة قريبة) أي : يستعد فيها للعمارة ،
والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان ، ولا يتقدر بثلاثة أيام على الأصح ، فإن
مضت ولم يشتغل بالعمارة . . بطل حقه .

وإنما يمهل إذا ذكر عذراً ، وصرح البروياني بأنه لا فرق بين أن يكون

وَلَوْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا . . صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ كَالْمُتَحَجِّرِ .
وَلَا يَقْطَعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الْإِحْيَاءِ ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَكَذَا الْمُتَحَجِّرُ .

التأخير بعذر أو بغير عذر ، قاله في « التحرير »^(١) .

قوله : (ولو أقطعه الإمام مواتاً . . صار أحق بإحيائه) أي : بمجرد الإقطاع (كالمتحجر) لتظهر فائدة الإقطاع ، قال السبكي : لم يختلف الأصحاب رضي الله عنهم في جواز ذلك لكل إمام ؛ قياساً على فعل النبي صلى الله عليه وسلم^(٢) ، وأنه ينزل منزلة التحجر في الاختصاص ، فلو بادر غيره وأحياها . . ملكها .

قال الزركشي في (باب الركاز) من « شرح المذهب » : قال الماوردي : من أقطعه الإمام أرضاً . . ملكها بالإقطاع ؛ كما يملكها المشتري حتى لو ظهر فيها ركاز . . كان للمقطع ، قال : ومراده : ما إذا أقطعه الأرض تملكاً لرقبتها ، وكذا قال الدارمي : إذا أقطعه السلطان أرضاً . . ملكها سواء أَعَمَرَهَا أم لا ، وقيل : بل بالإحياء ، قال الدارمي : وهو غلط مخالف للنص^(٣) .

قوله : (ولا يقطع إلا قادراً على الإحياء) أي : فلا يصح إقطاع الفقير إلا على القول بأنه يملك به (وقدرًا يقدر عليه) فلو أقطعه زيادة على ما يقدر عليه . . كان حكمه - على ما قال المتولي في المتحجر ، وقواه المصنف - أن لغيره إحياء ما زاد على ما تمكنه عمارته^(٤) .

قوله : (وكذا المتحجر) يعني : أنه لا يتحجر إلا من يقدر على الإحياء ،

(١) تحرير الفتاوى (٣٠٣/٢) .

(٢) أخرجه البخاري (٣١٥١) ، ومسلم (٢١٨٢) عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما .

(٣) المجموع (٧٨/٦) .

(٤) روضة الطالبين (٣٥٢/٤) .

وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعِي نَعْمَ جَزِيَّةً وَصَدَقَةً وَضَالَّةً وَضَعِيفٍ عَنِ الثُّجَعَةِ ،

ولا يتحجر زيادةً على ما يقدر على إحيائه ؛ لأنه يعوق إحياءه على غيره بلا فائدة .

قوله : (والأظهر : أن للإمام أن يحمي بقعة موات لرعي نعم جزية وصدقة وضالة وضعيف عن النجعة) يعني : إنه يجوز للإمام الأعظم أن يحمي بعض الموات ليتوفر فيه الكلاً فيرعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع - بالنون : موضع قريب من المدينة - لخیل المسلمين . رواه ابن حبان^(١) .

وحمى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما^(٢) ، وقطع بهذا صاحب « التقريب » .

والثاني : المنع ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . رواه البخاري^(٣) .

فالحمى جائز لرسول الله صلى الله عليه وسلم بلا خلافٍ لنفسه وللمسلمين ، ولم يفعله لنفسه وفعله للمسلمين .

وصحح الرافعي جواز الحمى للولاية^(٤) ، واختار السبكي تبعاً للماوردي : أنه لا يجوز لهم إلا بإذن الإمام^(٥) .

(١) صحيح ابن حبان (٤٦٨٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٠) ، عن عمر رضي الله عنه ، ولم أجده عن أبي بكر رضي الله عنه في دواوين السنة المسندة ، ويوجد في بعض شروحيها وبعض كتب الفقه ، والله أعلم .

(٣) صحيح البخاري (٢٣٧٠) عن الصعب بن جثامة رضي الله عنه .

(٤) الشرح الكبير (٢٢٠ / ٦) .

(٥) الحاوي الكبير (٢٤٧ / ٩) .

وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ حِمَاهُ لِلْحَاجَةِ ،

قال الشافعي رضي الله عنه : وليس للإمام أن يحمي من الأرض إلا أقلها^(١) الذي لا يتبين ضرره على من حماه عليه .

والمراد بـ (نعم الجزية) : التي تؤخذ عن الدراهم والدنانير ، و (نعم الصدقة) : التي تفضل عن سُهْمَانِ أَهْلِ الصَّدَقَاتِ ، قال الزركشي : ويشبه ألا تختص بذلك ، بل رعيها في مدة انتظار قسمتها عليهم كذلك .

وقوله : (وضالة) معطوف على (نعم) فإنها تكون من النعم ومن غيره .
(وضعيف) المراد به : مال الضعفاء ؛ كما قال عمر رضي الله عنه :
(أَذْخِلْ رَبَّ الصَّرِيمَةِ وَرَبَّ الْغَنِيمَةِ^(٢)) أي : صاحب الإبل القليلة والغنم القليلة .

و (الصريمة) : تصغير الصَّرمَةِ بكسر الصاد ، وهي : من الإبل خاصة .
وقول « المحرر » : والضوال^(٣) بالرفع أبين .

وقوله : (وضعيف) أي : ونعم ضعيف ، ويجوز ألا يقدر فيه مضاف ويجعل المراد : وحيوان ضعيف ، والأول أولى ؛ لموافقة قول « المحرر » :
(ومواشي الذين يضعفون)^(٤) .

و (النجعة) : بضم النون وسكون الجيم : الانتجاع ، وهو : الذهاب في طلب الكلاً ومساقت الغيث .

قوله : (وأن له نقض حماه للحاجة) أي : نقض حمى نفسه ؛ كما جاز له

(١) الأم (٩٨ / ٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٣٠٥٩) .

(٣) المحرر (٧٨٥ / ٢) .

(٤) المحرر (٧٨٥ / ٢) .

وَلَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ .

فصل

مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ : الْمُرُورُ ، وَيَجُوزُ الْجُلُوسُ بِهِ لِاسْتِرَاحَةٍ وَمُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا

أن يحمي للحاجة .

والثاني : لا يجوز ؛ لأنه لما حماه . . تعين لتلك الجهة ؛ كالمسجد والمقبرة .

والمشهور : أن للإمام نقض حمى إمام قبله إذا ظهرت المصلحة في نقضه وزال السبب .

أما ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم . . فلا يجوز تغييره بحال على الصحيح .

وقيل : لا يجوز قطعاً ، واختاره السبكي ، قال : وسائر الأئمة لا ينقض حماهم إلا إذا قطع بتغير الحال ، فإن ذلك من باب نقض الحكم ، فلا يقدم عليه إلا بما ينقض به الحكم .

قوله : (ولا يحمي لنفسه) اتفقوا عليه ؛ للحديث^(١) ، وكذا لا يحمي لأهله ولا للأغنياء خصوصاً ، ولو فعل . . لم يصح ، وكذا أعيان المسلمين ليس لأحد منهم أن يحمي ، فلو حمى . . كان فعله محظوراً وحماه مباحاً .

(فصل)

[في بيان حكم منفعة الشارع وغيرها من المنافع المشتركة]

(منفعة الشارع : المرور) يعني : المنفعة الأصلية ؛ لأنه وضع لذلك .

قوله : (ويجوز الجلوس به) أي : بالشارع (لاستراحة ومعاملة ونحوهما

(١) أي : المازأنفاً .

إِذَا لَمْ يُضَيَّقْ عَلَى الْمَارَّةِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ الْإِمَامِ ، وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا .

وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ .. أَقْرَعَ ،

إذا لم يضيق على المارة ، ولا يشترط إذن الإمام (لاتفاق الناس على ذلك على تلاحق الأعصار .

وشمل إطلاقه : ثبوت هذا الإرفاق للذمي ، وفيه وجهان بلا ترجيح ، قال السبكي : والذي يظهر تصحيحه : ثبوته له وأنه لا يحتاج فيه إلى إذن الإمام ، أما المسلم .. فلا يحتاج إليه قطعاً .

قوله : (وله تظليل مقعده ببارية وغيرها) لأنه انتفاع لا ضرر فيه إذا كانت مما ينقل ، فإن كان ببناء^(١) .. لم يجز .

والبارية بباء موحّدة بعدها ألف منقلبة عن واو يليها راء مكسورة بعدها ياء النسبة مشددة ، وهي : الحصر الم معمول من القصب .

فرع : ليس للإمام ولا لغيره من الولاية أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف ، وإذا جوزنا للإمام إقطاعها - وهو الأصح - أو إقطاع المقاعد .. فقد قال الماوردي : لا يجوز أن يأخذ على موضع من ذلك أجراً^(٢) ، قال ابن الرفعة : يعني : كما لا يجوز له ذلك فيما يقطعه من الموات^(٣) .

قوله : (ولو سبق إليه اثنان .. أقرع) يعني : إذا سبق اثنان إلى موضع من

(١) عبارة « النجم الوهاج » (٤٢٧/٥) وغيره : (فإن كان مثبتاً ببناء) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٥٨/٩) .

(٣) كفاية النبيه (٤٠٣/١١) .

وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الْإِمَامُ بِرَأْيِهِ .

وَلَوْ جَلَسَ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكاً لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلاً إِلَى غَيْرِهِ . . بَطَلَ حَقُّهُ ، وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ . . لَمْ يَبْطُلْ إِلَّا أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ .

الشارع وتنازعا . . أقرع بينهما على الأصح ؛ لعدم المزية (وقيل : يقدم الإمام برأيه) لأن له فيه اجتهاداً ، وبني الماوردي الوجهين على : أن نظر الإمام في ذلك مقصورٌ على المنع عن التعدي ، أو نظر مجتهد^(١) فيما يراه صلاحاً ؛ من إجلاس ومنع ، وفيه وجهان^(٢) ، فعلى الأول : يقرع ، وهو الأصح .

قوله : (ولو جلس للمعاملة ثم فارقه تاركاً للحرفة أو منتقلاً إلى غيره . . بطل حقه) أي : لإعراضه بلا خلافٍ ، وفهم منه : أنه لو جلس للاستراحة . . بطل حقه بمفارقاته من باب أولى ، قصد العود أم لا .

قوله : (وإن فارقه ليعود . . لم يبطل إلا أن تطول مفارقاته بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره) لأن الغرض من تعيين الموضع : أن يعرف فيعامل .

فلو أراد غيره أن يجلس في مدة غيبته القصيرة للمعاملة إلى أن يعود . . جاز على الأصح ، فإن جلس لغير معاملة لم يمنع قطعاً .

وإن أراد الجلوس في غيبته الطويلة ؛ فإن قلنا : يبطل حقه - وهو الصحيح - فله ذلك ، وإن قلنا : لا يبطل . . كان كالقصيرة .

(١) كذا في (أ) و(ب) . وفي « الحاوي الكبير » (٢٥٨ / ٩) : (أن نظره نظر مجتهد) .

(٢) وفي (أ) : (فيه وجهان) بدون (واو) قبل (فيه) .

وَمَنْ أَلَفَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَوْضِعاً يُفْتَى فِيهِ وَيُقْرَأُ كَالْجَالِسِ فِي شَارِعٍ
لِمُعَامَلَةٍ ، وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلَاةٍ . . لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا ، فَإِنْ فَارَقَهُ
لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ . . لَمْ يَبْطُلِ اخْتِصَاصُهُ فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ

ولا فرق بين أن تكون المفارقة لعذر ؛ كسفر ومرض ، أو لغير عذر على
الأشبه بالمذهب ، وعلى هذا لا يبطل حقه بأن يرجع بالليل إلى بيته ، وليس
لغيره مزاحمته في اليوم الثاني .

وكذا الأسواق التي تقام في كل أسبوع أو كل شهر مرة إذا اتخذ فيها
مقعداً . . كان أحق به في النوبة الثانية .

قوله : (ومن ألف من المسجد موضعاً يفتى فيه ويُقرأ كالجالس في شارع
لمعاملة) أي : فيما سبق ، قاله أبو عاصم العبادي والغزالي^(١) ، ونقل
الماوردي عن جمهور الفقهاء : أنه مهما قام . . بطل حقه^(٢) ، قال المصنف :
فمقتضى كلامه : أن الشافعي وأصحابه من الجمهور ، ولم ينقل الأول إلا عن
مالك^(٣) .

قوله : (ولو جلس فيه لصلاة . . لم يصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا) أي : بلا
خلاف ؛ لأن بقاع المسجد لا تختلف^(٤) ، ومن أراد الصف الأول الذي طلبه
الشارع . . فليبادر يكن أجره أكثر .

قوله : (فإن فارقه^(٥) لحاجة ليعود . . لم يبطل اختصاصه في تلك الصلاة

(١) الوسيط (٣٩٢ / ٢) .

(٢) الأحكام السلطانية (ص : ٣٢٣) .

(٣) روضة الطالبين (٣٦٢ / ٤) .

(٤) وفي (أ) : (لا تختلف فيه) .

(٥) وفي « المنهاج » المطبوع : (فلو فارقه) .

فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ .

وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ ، أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ ، أَوْ صُوفِيٍّ إِلَى خَانِقَاهِ . . لَمْ يُزْعَجْ ، وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ .

فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ (لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . صحيح رواه ابن ماجه بهذا اللفظ^(١) ، وأورده في « الروضة » بلفظ : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ فِي الْمَسْجِدِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ إِذَا عَادَ إِلَيْهِ »^(٢) . وهو عند مسلم دون التقييد بالمسجد^(٣) .

والثاني : أنه يبطل بحصول المفارقة ؛ كما بالإضافة إلى سائر الصلوات .

وقيل : إن ترك شيئاً في مكانه . . كان أحق به إذا رجع ، وإلا . . فلا .

والحاجة مثل : إجابة داع أو رعاف أو قضاء حاجة ، ولا فرق بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة أو قبله وإن اتسع الوقت .

وأشار بقوله : (في تلك) إلى تخصيص الخلاف بها .

قوله : (ولو سبق رجل إلى موضع من رباط مسبل ، أو فقيه إلى مدرسة ، أو صوفي إلى خانقاه . . لم يزعج ، ولم يبطل حقه بخروجه لشراء حاجة ونحوه) .

اعلم : أنه إن عين الواقف مدة المقام . . فلا مزيد عليها ، وكذا لو وقف

(١) سنن ابن ماجه (٣٧١٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) روضة الطالبين (٣٦٢ / ٤) .

(٣) صحيح مسلم (٢١٧٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

على المسافرين . . لا يزيد على مدة المسافرين ، وإن أطلق . . نظر إلى الغرض الذي بنيت له وعمل بما يعتاد فيه ، فلا يمكن من الإقامة في رُبط المارة إلا لمصلحتها أو لخوف يعرض أو أمطار تتواتر .

وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم يقيم إلى تمام غرضه ، فإن ترك التعلم . . أزعج .

وفي الخانقاه^(١) لا يمكن هذا الضبط ، ففي إزعاجه إذا طال مقامه وجهان كما في الشارع ؛ أصحهما : لا يزعج .

ومن سبق إلى موضع منها . . كان أحق به إذا كان من أهله سواء أدخله بإذن الإمام أم بدون إذنه ، إلا إذا كان لها ناظر وأمكن استئذانه ؛ كما قيده ابن الرفعة^(٢) .

ولا يبطل حقه بالخروج لحاجة ولو لم يترك متاعاً ، وإذا غاب لعذر مدة قريبة . . لم ينقطع حقه إذا عاد ، وإذا أراد غيره في غيبته النزول في مكانه على أن يفارقه إذا عاد الأول . . ينبغي أن يجوز قطعاً ، قاله في « الروضة »^(٣) .

فرع : قال الفارقي في (زكاة الفطر) : يجوز للفقهاء الإقامة في الرُبط وتناول معلومها ، ولا يجوز للمتصوف القعود في المدارس وأخذ شيء منها ؛ لأن المعنى الذي يطلق به اسم المتصوف موجود في حق المتفقه وما يطلق به اسم الفقيه غير موجود في حق المتصوف .

(١) وهي بالعجمية : ديار الصوفية . « تحفة المحتاج » (٣٧١ / ٦) .

(٢) كفاية النبيه (٤٠٦ / ١١) .

(٣) روضة الطالبين (٣٦٣ / ٤) .

فصل

الْمَعْدِنُ الظَّاهِرُ - وَهُوَ مَا خَرَجَ بِلَا عِلَاجٍ ؛ كَنْفُطٍ وَكَبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومِيَاءَ
وَبِرَامٍ وَأَحْجَارٍ رَحَى - لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَاصٌ بِتَحْجِيرٍ وَلَا
إِقْطَاعٍ .

(فصل)

[في بيان حكم الأعيان المشتركة]

(المعدن الظاهر - وهو : ما خرج بلا علاج ؛ كنفط وكبريت وقار ومومياء
وبرام وأحجار رحى - لا يملك بالإحياء^(١) ، ولا يثبت فيه اختصاص بتحجير
ولا إقطاع) أي : بل هي مشتركة بين الناس ، مسلمهم وكافرهم ؛ كالماء
والكلأ ، ولا خلاف في منع إقطاع المعادن الظاهرة ؛ لأن أبيض بن حمّال
المأربي استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملح مأرب فأراد أن يقطعه -
ويروى : فأقطعه - ف قيل : إنه كالماء العِدُّ ، قال : « فَلَا إِذْنُ » . رواه الأربعة
وصححه ابن حبان^(٢) .

قال القاضي أبو الطيب وغيره : إنه أقطعه على ظاهر ما سمع منه ؛ كمن
استفتى في مسألة وصوّرت له على خلاف ما هي عليه فأفتى ، ثم بانّت له
بخلاف ما صورت عنده فأفتى بخلاف ما سبق لا يكون خطأ .

وامتناع التملك بالإحياء بطريق الأولى^(٣) .

وقوله : (استقطع) أي : سأله أن يقطعه ، وقد قيل في الحديث : إن

(١) وفي (ب) : (بإحياء) .

(٢) سنن أبي داود (٣٠٦٤) ، سنن الترمذي (١٤٣٥) ، سنن النسائي « الكبرى »
(٥٩٣٤) ، سنن ابن ماجه (٢٤٧٥) ، صحيح ابن حبان (٤٤٩٩) .

(٣) أي : إذا امتنع إقطاعها . فالتملك بالإحياء أولى بالامتناع .

النبي صلى الله عليه وسلم استقاله^(١) ، والظاهر : أنه تكرر منه صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أن يكون أقطعه على حكم الأصل ، أو كان الإقطاع مشروطاً بصفة ، ويرشد إليه قوله صلى الله عليه وسلم : « فَلَا إِذْنُ » .

وفي « معجم الطبراني » : أن أبيض قال : قد أَقْلَتُهُ منه على أن يجعله مني صدقة ، فقال صلى الله عليه وسلم : « هُوَ مِنْكَ صَدَقَةٌ »^(٢) .

وهذا من النبي صلى الله عليه وسلم مبالغة في مكارم الأخلاق ، وفي الحديث دليل على أن الحاكم إذا حكم بشيء ثم تبين له أن الحق في خلافه . عليه رده .

و(حمال) بالحاء المهملة ، و(المأربي) : نسبة إلى مأرب : بلدة بليقيس باليمن ، تسهل همزتها^(٣) .

والقائل^(٤) هو : الأقرع بن حابس .

و(العِدُّ) بكسر العين المهملة وتشديد الدال هو : الكثير الدائم الذي لا ينقطع ولا يحتاج إلى عمل .

و(المعدن) : بفتح الميم وكسر الدال : البقعة التي أودعها الله شيئاً من الجواهر المطلوبة الظاهرة أو الباطنة ، وقد يطلق على نفس تلك الجواهر التي في البقعة ، واشتقاقه من (العَدْن) بسكون الدال ، وهو : الإقامة ؛ لإقامة

(١) كما في رواية الطبراني في « الكبير » (٢٢٦ / ١) (٨٠٨) .

(٢) المعجم الكبير (٢٢٦ / ١) (٨٠٨) .

(٣) تسهيل الهمزة هو : عدم النطق بالهمزة ، والنطق بحرف المدِّ الملائم لحركتها ؛ مثل : (ذِيب) في (ذِئْب) ، و(يُومن) في (يُؤْمَن) ، و(كَاس) في (كَأْس) . راجع « معجم القواعد العربية » لعبد الغني الدقر (ص : ٦١٩) .

(٤) أي : القائل : إنه كالماء العِدُّ .

.....

الناس به أو لإقامة الجواهر فيه .

وقوله : (خرج) بلفظ الماضي ، وعبارة « المحرر » : تخرج^(١) وهما سواء ، فليس المراد : حقيقة المُضَيِّ ؛ لأن الفعل الماضي إذا وقع صلة الموصول .. احتمل المُضَيِّ والاستقبال .

والنفط : ما يرمي به ، قال الجوهري : هو دهن ، وهو بكسر النون وفتحها^(٢) .

والكبريت قال الأزهري : عين تجري ، فإذا جمد ماؤها .. صار كبريتاً أبيض وأصفر وأكدر ، والأحمر يقال : إنه من الجوهر ، ومعدنه خلف بلاد وادي النمل الذي مر به سليمان عليه الصلاة والسلام ، يضيئ في معدنه ، فإذا فارق معدنه .. زال ضوءه^(٣) .

والقار : بالقاف والراء المهملة المخففة ، هو : الزَّفْت الأسود المعروف ، ويقال له : القير .

والمومياء بضم الميم الأولى وكسر الميم الثانية وبالمد ، وهي : يلقيها الماء في بعض البلاد إلى السواحل فتجمد وتصير مثل القار ، ويقال أيضاً : إنها حجارة سود تكون باليمن ، والمراد : التي توجد في أجزاء الأرض .
وأما المومياء التي من الموتى .. فنجسة .

والبرام : بكسر الباء الموحدة وتخفيف الراء : حجارة يعمل منها القدور ، وهي جمع : بُرْمَة .

(١) المحرر (٧٨٨ / ٢) .

(٢) الصحاح (ص : ١٠٦٠) ، وفي (أ) : (وهو دهن) .

(٣) تهذيب اللغة (٤٣٥ / ١٠) .

فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ . . قُدِّمَ السَّابِقُ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ، فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً . .
فَالْأَصَحُّ : إِزْعَاجُهُ .

ومن المعادن الظاهرة : الملح الجبلي إذا كان ظاهراً لا يحتاج إلى حفر ،
والملاح المائي ، والكحل ، والجص ، وأحجار النورة .

قوله : (فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ) أي : المستخرج منه عن أحدهما معاً (. . قدم
السابق بقدر حاجته) أي : لسبقه وتقديمه لا خلاف فيه ، قال الرافعي :
وعبرة أكثرهم أنه يتقدم بأخذ قدر الحاجة^(١) .

قال الإمام : ويأخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله^(٢) .

قال الزركشي : وينبغي أن يقال : من أخذ لغرض دفع الفقر والمسكنة . .
يمكن من كفاية سنة أو العمر الغالب على الخلاف في الزكاة .

قوله : (فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً . . فالأصح : إزعاجه) أي : إذا طلب زيادة على
ما يقتضيه حق السبق . . أزعج على الأصح ، فإن عكوفه عليه ؛ كالتحجر
والتحويط المانع للغير .

والثاني : لا يزعج ويأخذ بحق السبق ما شاء ، وصححه الجرجاني ؛ لقوله
صلى الله عليه وسلم : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يُسَبَقْ إِلَيْهِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٣) .

قال الزركشي : والخلاف إذا لم يمنع مع مقامه الغير ولا أضربه ، فإن منعه
بطول مقامه . . أزعج قطعاً ، ذكره الماوردي والإمام^(٤) .

(١) الشرح الكبير (٢٢٩/٦) .

(٢) نهاية المطلب (٣٠٦/٨) .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٠٧١) ، والضياء المقدسي في « المختارة » (١٤٣٤) والبيهقي في
« الكبير » (١١٨٩٧) عن أسمر بن مضر رضي الله عنه ، وراجع « التلخيص الحبير »
(١٤٩/٣) .

(٤) نهاية المطلب (٣٠٦/٨) .

وَلَوْ جَاءَ مَعًا . . أَقْرَعَ فِي الْأَصَحِّ .

وَالْمَعْدِنُ الْبَاطِنُ - وَهُوَ : مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ ؛ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ
وَنُحَاسٍ - لَا يُمْلِكُ بِالْحَفْرِ وَالْعَمَلِ فِي الْأَظْهَرِ .

قوله : (فلو جاء معاً . . أقرع في الأصح) أي : إذا سبق اثنان إلى ذلك
وضاق عنهما . . فالأصح : الإقراع ؛ كما في الشارع ومقاعد الأسواق .

والثاني : يجتهد الإمام ويقدم من يراه أحوج وأحق ، لا بالتشهي .

والثالث : إنه ينصب من يقسم الحاصل بينهما ، قال الرافعي : والأشهر :
إطلاق الأوجه^(١) ، سواء أكانا يأخذان للحاجة أم للتجارة ، وخصها العراقيون
بما إذا كانا يأخذان للحاجة ، فإن كان للتجارة . . قسم بينهما بالمهاياة ، فإن
شاحاً في الابتداء . . أقرع .

قوله : (والمعدن الباطن - وهو : ما لا يخرج إلا بعلاج ؛ كذهب وفضة
وحديد ونحاس - لا يملك بالحفر والعمل في الأظهر) أي : كالمعدن الظاهر .

والثاني : يملك ؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بعمل ، فأشبه الموات ، وعلى
هذا : إنما يملك إذا قصد التملك ، وحفر حتى ظهر النيل ، وقبل الظهور هو
كالمتحجر .

وإن لم يقصده ، بل حفر لينال ويتصرف . . فلا يملك قولاً واحداً ، نقله في
« التحرير » عن تصريح البندنجي^(٢) .

وعلى الأصح : السابق إلى موضع منه أحق به ، فإن طال مقامه . . ففي

(١) الشرح الكبير (٢٢٩/٦) .

(٢) تحرير الفتاوى (٣٠٨/٢) .

وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ . . مَلَكُهُ .

إزعاجه ما سبق في المعادن الظاهرة .

ولو ازدحم اثنان . . فعلى ما سبق أيضاً^(١) .

وأظهر القولين : جواز إقطاع المعادن الباطنة إرفاقاً^(٢) ، ولا خلاف أنه لا يملك بالإقطاع وحده من غير عمل ، ولا خلاف أنه يجوز العمل بغير إذن الإمام والأخذ بغير إذنه .

ويملك ما يأخذه من المعدن ؛ من ذهب أو فضة أو غيرهما ؛ كسائر المباحات ، ولا يشترط إذن الإمام فيه ، وإنما الخلاف في اشتراطه في ملك المعدن نفسه أما المأخوذ منه يملك كسائر المباحات^(٣) .

قوله : (ومن أحيا مواتاً فظهر فيه معدن باطن . . ملكه) أي : بلا خلاف ؛ لأنه بالإحياء يملك الأرض بأجزائها وهو منها ، بخلاف الركاز فإنه مودع فيها ، ولا فرق فيه بين المعدن الباطن والظاهر ، كما صرح به الماوردي^(٤) .
وقد حكى الإمام وغيره : الإجماع على أن من أحيا مواتاً فظهر فيه معدن ظاهر . . يملكه^(٥) .

هذا إذا لم يعلم أن فيها معدناً ، فإن علم واتخذ عليه داراً . . فطريقان ؛ أحدهما : أنه على القولين في ملك المعدن الباطن بالإحياء ، والثاني : القطع بالملك ؛ كما لو لم يعلم ، قال الإمام : وظاهر المذهب : أنه لا يملك البقعة

(١) أي : آنفاً .

(٢) أي : لا تملكاً .

(٣) وفي (ب) قوله : (أما المأخوذ منه يملك ؛ كسائر المباحات) غير موجود .

(٤) الحاوي الكبير (٢٦١ / ٩) .

(٥) نهاية المطلب (٣٢٢ - ٣٢٣) .

وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنَ الْأَوْدِيَةِ وَالْعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا ، فَإِنْ
أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرْضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ . . سُقِيَ الْأَعْلَى فَلِأَعْلَى وَحَبَسَ كُلُّ
وَاحِدٍ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ ،

المحياة^(١) ؛ لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعةً فالقصد فاسد .

ولو اشترى داراً فوجد فيها معدناً باطناً . فهو للمشتري ، بخلاف الركاز .

قوله : (والمياه المباحة من الأودية والعيون في الجبال يستوي الناس فيها)
أي : فلا يجوز تحجيرها لأحدٍ ولا للإمام إقطاعها بالإجماع ، نقله القاضي
أبو الطيب وغيره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ :
الْكَلَاءِ وَالْمَاءِ وَالنَّارِ » . رواه أبو داود^(٢) .

قال الأزهري : أراد بالماء : ماء السماء وماء العيون التي لا مالك لها ،
وبالكلأ : مراعي الأرضين التي لا يملكها أحد ، وبالنار : الشجر الذي يحتطبه
الناس ينتفعون به^(٣) .

وقال غيره : النار إذا أضرمت في حطب غير مملوك ، والكلأ بالهمز :
العشب يابساً كان أو رطباً ، واليابس : حشيش ، والرطب خَلَى مقصور .

فإن قل الماء وضاق المشرع . . قدم السابق ، فإن جاء معاً . . أقرع ، فإن
أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب . . فالشارب أولى .

قوله : (فإن أراد قوم سقي أراضيهم منها فضاقت . . سقي الأعلى فالأعلى
وحبس كل واحد الماء حتى يبلغ الكعبين) .

(١) نهاية المطلب (٣٢٣ / ٨) .

(٢) سنن أبي داود (٣٤٧٧) عن أبي خدّاش عن رجل من المهاجرين ، وراجع « التلخيص
الحبير » . (١٥٣ - ١٥٤) .

(٣) تهذيب اللغة (١٨ / ١٠) .

.....

الضمير في (منها) للمياه المباحة ، وهي قد تكون واسعة يسقي من شاء ما شاء ، وإن كان النهر صغيراً . . سقى الأول - وهو الأعلى - أرضه ، ثم يرسله إلى من دونه ، ثم يرسل الثاني إلى الثالث ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم للزبير لما خاصمه الأنصاري في شِراج^(١) الحرة : « إِسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » ، فغضب الأنصاري فقال : أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ ، فَتَلَوَّنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ قَالَ : « إِسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ » . وكان ذلك إلى الكعبيين ، متفق عليه^(٢) .

وفي رواية : كان النبي صلى الله عليه وسلم أشار على الزبير برأي فيه سعة ، فلما أَحْفَظَ الأنصاريُّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم - أي : أغضبه - استوفى للزبير حقه في صريح الحكم^(٣) .

و« الجَدْر » بفتح الجيم وسكون الدال المهملة : الحائط ، وقيل : أصل الحائط ، وقيل : المُسَنَّاة وهو : ما رفع حول المزرعة ؛ كالجدر .

قال السبكي : وهذا أشبه ، وروي : (الجدر) بضم الجيم جمع : جدار .

قال : وصورة المسألة في ماء مباح في موضع غير مملوك كل من فتح^(٤) منه فتحاً وسقى أرضه . . جاز .

(١) الشَّرْجُ بالتسكين : مسيل ماء من الحرة إلى السهل ، والجمع : شراج وشروج . الصحاح (ص : ٥٤٠) .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٥٩-٢٣٦٠) ، صحيح مسلم (٢٣٥٧) عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه البخاري (٢٧٠٨) .

(٤) وفي (أ) : (لكل من فتح) .

وَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ ارْتِفَاعٌ وَانْخِفَاضٌ . . أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ ،

وإذا كان لا يسع جميعهم وتنازعوا وأراضيهم مجاورة للنهر أو مجاور^(١) بعضها لبعض وقد أحيوها دفعةً واحدةً ، أو لم يعرف المتقدم من المتأخر . . فالنهر والماء ليس ملكاً لهم ، ولكن لهم حق الارتفاق به .

فعندنا من كانت أرضه أقرب إلى أول النهر . . قدّم ويحبس عن غيره حتى يروي أرضه ببلوغ الماء إلى الكعبين ، ثم يرسل الماء إلى من تحته ، إما بالفتح في مكان آخر من النهر إن لم يكن الأعلى طريقاً ، وإلا . . من ذلك الماء الذي دخل إليه وفضل عن كفايته ، كذا يقتضيه كلام الأصحاب .

وقال الجرجاني في « الشافي » : إن احتاج صاحب الأرض الأولية ثانية إلى الماء قبل أن يصل الماء إلى الأخير . . كان أحق به من الأخير بحبس الماء ثانياً ويأخذ منه حاجته ، وقاله غيره منهم الرافعي^(٢) .

وقال الماوردي : ليس التقدير بالكعبين على عموم الأزمان والبلدان ؛ لأنه يتقدر بالحاجة والحاجة تختلف ، قال السبكي : وهذا قوي جداً ، وممن جزم به المتولي ، والحديث واقعة حال يحتمل أن التقدير فيها لما اقتضاه حالها .

فرع : إذا تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصبائهم . . فالأصح عند المصنف : أنه يجعل على قدر الأرضين^(٣) .

قوله : (وإن كان^(٤) في الأرض ارتفاع وانخفاض . . أفرد كل طرف بسقي) يعني : إذا كان أرض الأعلى بعضها مرتفعاً وبعضها منخفضاً ولو سقيا معاً لزداد

(١) وفي (أ) : (يجاور) .

(٢) الشرح الكبير (٢٣٥/٦) .

(٣) روضة الطالبين (٣٧١/٤) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن كان) .

وَمَا أَخَذَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ فِي إِنْاءٍ . . . مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ .
وَحَافِرُ بئرِ بِمَوَاتٍ لِلارْتِفَاقِ أُولَى بِمَائِهَا حَتَّى يَرْتَحِلَ .

الماء في المنخفض على الكعبين . . أفرد كُلُّ بعض بالسقي ، قال المصنف :
طريقه : أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين ثم يسده ثم يسقي المرتفع^(١) ،
قال السبكي : وذكر ذلك الجرجاني والقاضي حسين ، ولكن الظاهر : أنه
لا يتعيّن البداءة بالمنخفض .

قوله : (وما أخذ من هذا الماء في إناء . . ملك^(٢) على الصحيح)
كالاحتطاب والاحتشاش ، ولا يجب بذله إلا لمضطر وقيل : لا يملكه لكنه
أولى به .

وفي معنى الإناء : الحوض المسدود المنافذ .

واحترز : بقوله (في إناء) عَمَّا يدخل في ملكه بسيل فإنه لا يملكه على
الأصح ، ولو أخذه غيره . . ملكه ، لكن ليس له الدخول في ملكه بغير إذنه ،
وقال الإمام : يملك ما يدخل في نهريه وقناته على المذهب^(٣) ، كالمحرز في
إنائه ، وتابعاه في (باب الصيد) ، قاله الزركشي .

قوله : (وحافر بئر بموات للارتفاق أولى بمائها حتى يرتحل) أي : ما دام
مقيماً عليها . . فهو أحق بها ولو طال مقامه ، بلا خلافٍ ، قاله الماوردي^(٤) ؛
لحديث : « مَنْ سَبَقَ . . . »^(٥) .

(١) روضة الطالبين (٣٦٩/٤) .

(٢) وفي (أ) : (في الإناء . . يملك) .

(٣) نهاية المذهب (٥٠٠/٥) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٦٩/٩) .

(٥) أخرجه أبو داود (٣٠٧١) وغيره عن أسمر بن مضر رضي الله عنه ، وقد سبق آنفاً .

وَالْمَحْفُورَةُ لِلتَّمْلِكِ ، أَوْ فِي مِلْكٍ . . يُمْلِكُ مَاؤُهَا فِي الْأَصْحِّ ، وَسَوَاءٌ
مَلَكَهُ أَمْ لَا . . لَا يُلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ ،

لكن ليس له منع ما فضل عن ماشيته وزرعه عمن يحتاج إليه للشرب إذا
استقى بدلو نفسه ، ولا منع مواشيه ، وإذا ارتحل حافرها عنها . . صارت لكافة
المسلمين ، فإن عاد . . فهو كغيره يقدم الأسبق فالأسبق .

قوله : (والمحفورة للتملك أو في ملك . . يملك ماؤها في الأصح) لأنه
نماء ملكه فأشبهه الثمرة واللبن ، وهو المنصوص في القديم و« حرمة » .

والثاني : لا يملكه ؛ لظاهر الحديث : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ . . . »^(١) .

ويجري الخلاف فيما إذا انفجرت عين في ملكه ، فلو حفر للمارة ولم
يخص نفسه بها . . فهو كأحدهم ، وإن حفرها لا بقصد . . فلا اختصاص له بها
في الأصح .

قوله : (وسواء ملكه أم لا . . لا يلزمه بذل ما فضل عن حاجته لزراع) أما
على الملك . . فكغيره من المملوكات ، وأما على عدمه . . فهو أولى به ؛
لسبقه .

وقيل : يجب ، وهو مذهب أحمد ؛ لما في « الصحيحين » : « ثَلَاثَةٌ
لَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ »^(٢) .

وجوابه : أنه عام مخصّص بالحديث الآتي^(٣) .

والمراد بـ (حاجته) : شربه وسقي ماشيته وزرعه وشجره ، فإن احتاج

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٧٧) عن أبي خدّاش عن رجل من المهاجرين ، وراجع « التلخيص
الحبير » (١٥٣/٤ - ١٥٤) .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٥٨) ، صحيح مسلم (١٠٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) أي : آنفاً في الشرح .

وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ .

لشيء من ذلك حاجة ناجزة . . لم يلزمه بذله ، فلو فضل عنه الآن واحتاج إليه في ثاني الحال . . وجب .

قوله : (ويجب لماشية على الصحيح) يعني : أنه يجب بذل الفاضل عن حاجته للماشية ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ مَنَعَ فُضُولَ الْمَاءِ لِيُمنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ . . مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رواه الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة^(١) .

وهو متفق عليه بلفظ : « لَا يُمنَعُ عَلَيْهِ بَلْفِظ : « لَا يُمنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمنَعَ بِهِ فَضْلُ الْكَلَاءِ »^(٢) . قال البيهقي : هذا هو الصحيح بهذا اللفظ ، وكذا رواه الزعفراني عن الشافعي ، وأما اللفظ الأول . . فلم يُقرأ على الشافعي^(٣) .

وفيه إشارة إلى تحريمه ؛ لأن رحمة الله لا يمنعها إلا معصيته^(٤) ، فلما كان منع الماء مانعاً من الرحمة . . كان معصيةً ، وقيل : لا يجب كما لا يجب إعاره الدلو والرشاء^(٥) وبذل الماء المحرز في الإناء .

ويشترط : ألا يجد صاحب المواشي ماء مباحاً ، وأن يكون هناك كلاً يرعى ، وأن يكون الماء في مستقره .

قال في « التحرير » : قوله : (على الصحيح) يمكن عوده إلى عدم الوجوب للزرع والوجوب للماشية ، فإن الخلاف فيهما ، والتصحيح مختلف^(٦) .

(١) الأم (٩٨/٥ - ٩٩) .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٥٣) ، صحيح مسلم (١٥٦٦) .

(٣) معرفة السنن والآثار (٣٧٥٩) .

(٤) وفي (ب) : (معصية) .

(٥) الرشاء : الحبل . الصحاح (ص : ٤٠٨) .

(٦) تحرير الفتاوى (٣١٠ / ٢) .

وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصَبِ خَشَبَةٍ فِي عَرْضِ النَّهْرِ فِيهَا ثُقْبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ ، وَلَهُمُ الْقِسْمَةُ مُهَيَّأَةً .

قوله : (والقناة المشتركة يقسم ماؤها بنصب خشبة في عرض النهر فيها ثقب متساوية أو متفاوتة على قدر الحصص ، ولهم القسمة مهياً) .

قال الرافعي : القناة كالبر في ملك الماء ووجوب البذل وغيرهما ، إلا أن حفرها لمجرد الارتفاق^(١) لا يكاد يتفق ، ومهما اشتركوا في الحفر . . اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل ، والارتفاق^(٢) ، ثم لهم قسمة الماء بنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر^(٣) .

فإن كانت حقوقهم متساوية . . فالثقب متساوية ، وإن كانت مختلفة ؛ فإما أن يزيدوا في عرض الثقب بقدر ما زاد في حقه ، أو تجعل ثقب أخرى بقدر الزيادة .

وإن اقتسموا بالمهياة . . جاز أيضاً على المشهور ؛ لقوله تعالى : ﴿لَهَا شَرَبٌ وَلَكُمُ شَرَبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء : ١٥٥] .

وقيل : لا يصح ؛ لأن الماء يزيد وينقص فهو مجهول ، قاله القاضي حسين .

وعلى الأصح : لكل واحدٍ منهم الرجوع ، وقيل : إنها^(٤) لازمة ليثق كل واحد منهم بالانتفاع .

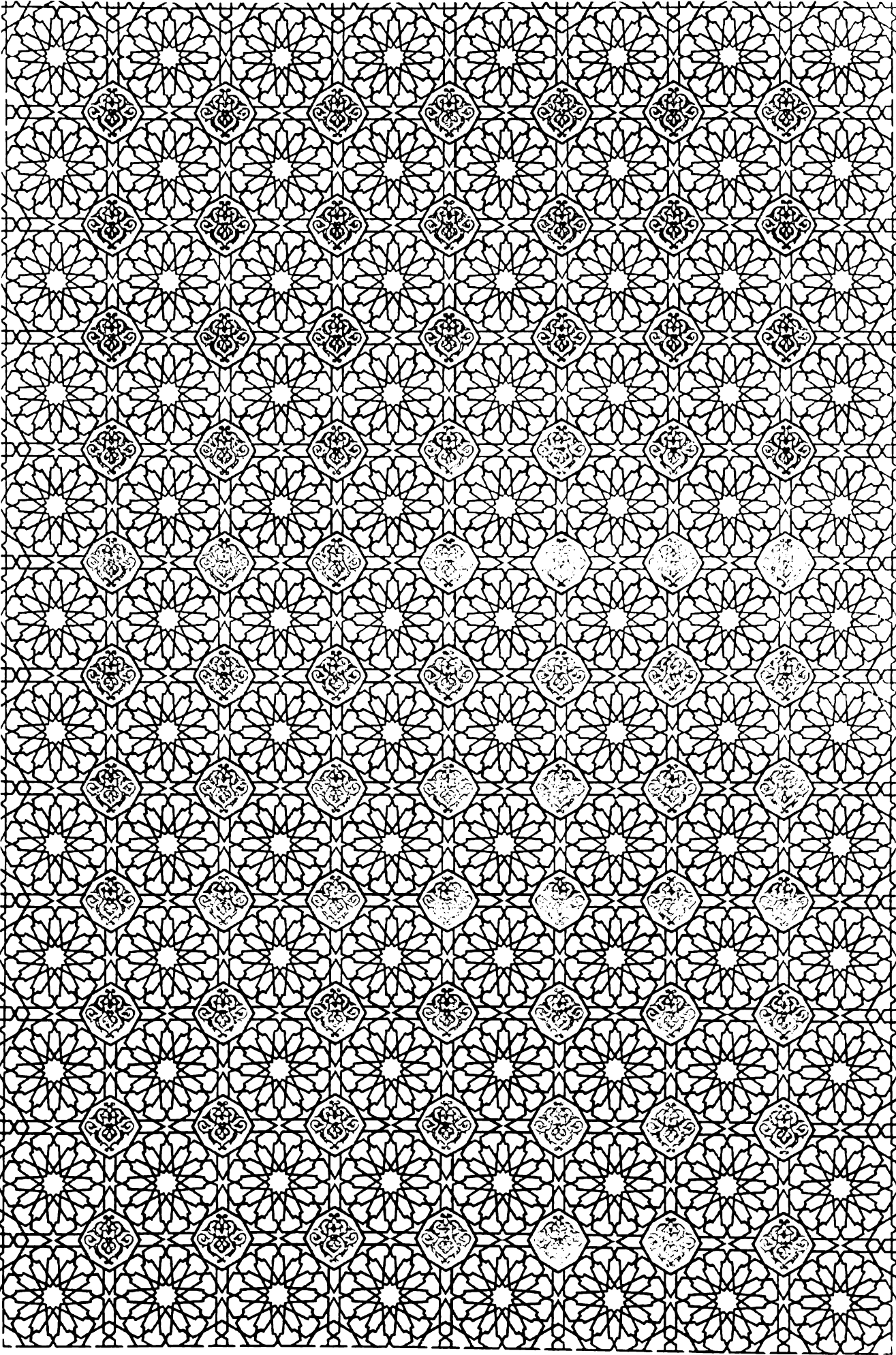
* * *

(١) وفي (أ) : (الانفاق) والتصحيح من « الشرح الكبير » .

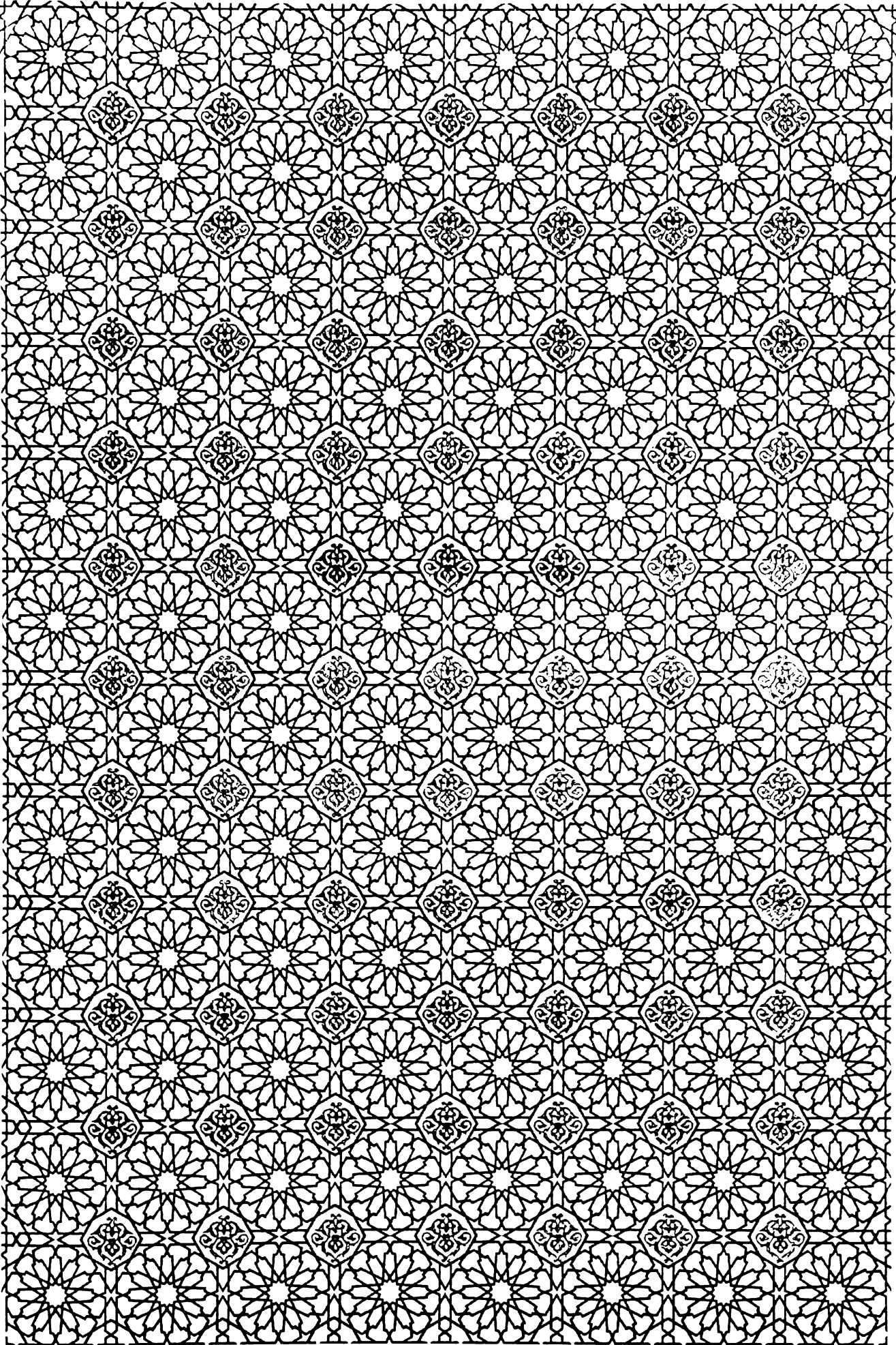
(٢) وفي النسختين : (والانفاق) .

(٣) الشرح الكبير (١٤١/٦ - ١٤٢) .

(٤) أي : المهياة ؛ كما في « روضة الطالبين » (٣٧٤/٤) .



كتاب الوقف



كِتَابُ الْوَقْفِ

شَرَطُ الْوَاقِفِ : صِحَّةُ عِبَارَتِهِ ، وَأَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ ،

(كتاب الوقف)

الأصل فيه : أن عمر رضي الله عنه أصاب أرضاً بخير فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال : « إِنْ شِئْتَ . حَبَسْتَ أَضْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا » ، فتصدق بها عمر ألا يباع أصلها ، ولا يورث ولا يوهب . متفق عليه^(١) .

وفي رواية للبيهقي صحيحة قال : « تَصَدَّقْ بِشِمْرِهِ وَاحْبِسْ أَضْلَهُ ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ »^(٢) .

قال السبكي : وهو نص في المنع من بيع الوقف والمناقلة ؛ لأنها بيع ، ولا فرق بين أن يخرب أو لا ؛ لعمومه .

قوله : (شرط الواقف : صحة عبارته) أي : فلا يصح قطعاً وقف صبي ولا مجنون (وأهلية التبرع) احترز : به عن السفیه وعن المفلس على الأظهر ، وعن المكاتب فإنه لا يصح وقفه بغير إذن سيده ، وفي صحته بإذنه القولان في تبرعه بالإذن .

وتردّد البغوي فيما لو بنى الذمي مسجداً ووقفه^(٣) .

ويلزم من أهلية التبرع صحة العبارة ، فلو اقتصر عليها المصنف . . كفى ، وعلم منه : صحة وقف المبعوض .

(١) صحيح البخاري (٢٧٧٢) ، صحيح مسلم (١٦٣٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) السنن الكبير (١٢٠١٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) فتاوى البغوي (ص : ٢٤٤) .

وَالْمَوْقُوفِ : دَوَامُ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، لَا مَطْعُومٌ وَرِيحَانٌ .

وَيَصِحُّ وَقْفُ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ وَمُشَاعٍ ،

قوله : (والموقوف) أي : وشرط الموقوف (دوام الانتفاع به) لقوله صلى الله عليه وسلم : « وَسَبِّلُ الثَّمَرَةِ »^(١) .

ويؤخذ منه : أنه لا يشترط وجود المنفعة حالاً ، بل يجوز وإن كانت منتظرة ؛ كالأرض الخراب والعبد والجحش الصغيرين .

قوله : (لا مطعوم وريحان) أي : مقطوف ؛ لأن الوقف إنما يراد به الدوام ، وقال في « شرح الوسيط » : الظاهر : الصحة في المزروع ، وقال الخوارزمي وابن الصلاح : يجوز وقف المسك للشم وكل عطر له بقاء .

قوله : (ويصح وقف عقار ومنقول ومشاع) في « الصحيح » : « إِنْ خَالَداً اخْتَبَسَ أَذْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . كذا رواه بعضهم^(٢) ، والصواب : « وَأَعْتَدَهُ »^(٣) . وهي جمع (عَتَاد) بفتح العين ، وهو ما اعتده^(٤) من السلاح والدواب .

ووقف عمر رضي الله عنه كان مشاعاً^(٥) ، وهو أول الأوقاف على المشهور ، فإذا وقف المشاع .. لا يسري فإن السراية من خاصية العتق .

(١) أخرجه النسائي (٣٦٠٤) ، وابن ماجه (٢٣٩٧) ، والدارقطني (ص : ١٠٠١) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه مسلم (٩٨٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (١٤٦٨) ، عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) قوله : (ما اعتده) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « النجم الوهاج » (٤٥٨ / ٥) ، و « مغني المحتاج » (٥٢٥ / ٣) : (ما أعدّه) .

(٥) أخرجه البخاري (٢٧٦٤) ، ومسلم (١٦٣٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

.....

ويجوز وقف علو الدار دون سفليها وبالعكس ، سواء وقف ذلك مسجداً أو غيره .

وأفتى البارزي : أنه إذا صح وقف المشاع مسجداً . . يجوز للجنب المكث فيه ما لم يقسم ، ومنعه ابن الصلاح ؛ تغليباً للمنع ، ووافقه السبكي .

ويجوز وقف الفحل للضراب ؛ لأن الوقف قربة يحتمل فيه ما لا يحتمل في المعاوضات .

فرع : ضابط الموقوف : كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها .

احترز بـ (العين) : عن المنفعة والملتزم في الذمة ، وبـ (المعينة) : عن أحد عبديه ، وبـ (المملوكة) : عما لا يملك .

لكن صحح المصنف في « فتاويه » : جواز وقف الإمام من بيت المال^(١) ، وبه أفتى ابن أبي عصرون وغيره ، وحكاه في « المطلب » في (باب قسم الفيء) عن المذهب .

وصحح المصنف تبعاً لابن الصلاح : صحة وقف ما لم يره ، قالوا : ولا خيار له عند الرؤية^(٢) .

قال السبكي : والمعروف : اعتبار الوقف بالبيع ، ومقتضاه : المنع ، والاحتجاج بوقف عمر لأرض سواد العراق^(٣) فيه نظر .

قال في « التحرير » : وفي (البيع) من « شرح المهذب » : أن فيه القولين

(١) فتاوى الإمام النووي (ص : ١٨٤-١٨٥) .

(٢) روضة الطالبين (٣٨١/٤) ، فتاوى ابن الصلاح (ص : ٣٦٢) مسألة (٢٧٠) .

(٣) وفي (ب) : (لأرض السواد) بدون (العراق) .

لَا عَبْدٌ وَثُوبٌ فِي الذِّمَّةِ ، وَلَا وَقْفٌ حُرٌّ نَفْسَهُ ،

في بيع الغائب ، ومقتضاه : البطلان^(١) .

وبـ (قبول النقل) : عن أم الولد والملاهي .

والمراد بالفائدة : الثمرة واللبن ونحوهما ، وبالمنفعة : السكنى واللبس ونحوهما .

و (تستأجر لها) احترازٌ : من الطعام ونحوه ، قاله السبكي .

قال : وينبغي أن يزاد : ويقصد من تملك العين على الدوام .

فإن وقف الدراهم والدنانير والطعام للترزين . . لا يجوز على الصحيح ، ووقف الدراهم والدنانير ليضرب حلياً . . المنقول : جوازه ، ووقف الحلي جائز .

قوله : (لا عبد وثوب في الذمة) لأن الوقف إزالة ملك عن معين فلم يصح ؛ كما لو أعتق عبداً في الذمة .

نعم ؛ يجوز التزامه في الذمة بالنذر .

وشمل إطلاقه : ذمة نفسه ؛ بأن قال : وقفت عبداً أو ذمة غيره ؛ كما لو كان له في ذمة غيره حيوان يسلم أو غيره فوقفه . . لم يصح ، قاله القاضي أبو الطيب .

قوله : (ولا وقف حر نفسه) لأن رقبته ليست مملوكة ، وإن قدرنا : أن منفعه ملحقة بالأموال . . فالوقف يستدعي أصلاً يحبس ليستوفي منفعته على ممر الزمان ، وكذلك مالك المنفعة لا يجوز له وقفها سواء ملكها مؤقتاً ؛ كالمستأجر ، أو مؤبداً ؛ كالموصى له بالخدمة والمنفعة ، ولأن الوقف يشبه

(١) تحرير الفتاوي (٣١٢ / ٢) .

وَكَذَا مُسْتَوْلَدَةٌ وَكَلْبٌ مُعَلَّمٌ وَأَحَدُ عَبْدَيْهِ فِي الْأَصَحِّ .
وَلَوْ وَقَفَ بِنَاءً أَوْ غِرَاساً فِي أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا . . . فَلَا أَصَحَّ : جَوَازُهُ .

التحرير ويجب أن يكون له دوام ، والمنفعة تحدث وتنفى .

قوله : (وكذا مستولدة وكلب معلم وأحد عبديه في الأصح) أي : في الثلاث ، لأن المستولدة لا تقبل النقل فالتحقت بالحر ، والكلب غير مملوك ، وأحد عبديه ؛ للإبهام كالبيع .

والثاني : يصح في المستولدة ؛ كما يصح إيجارها ، وعلى هذا : إذا مات السيد عتقت وبطل الوقف على الراجح ، وفي الكلب إذا قلنا : يصح إيجاره ، وفي أحد عبديه ؛ كالتق ، يصح ويطلب بالتعيين .

والظاهر : أن الخلاف يجري في الكلب القابل للتعليم ، فإن الأصح : جواز اقتنائه فيحمل قوله : (معلم) على القابل له قاله السبكي ، وقال : قال الرافعي : ويجري الوجهان في صحة وقف المكاتب^(١) .

قال^(٢) : وقطع الشافعي بأنه لا يجوز وقف المكاتب ، وأنه نص على المنع من وقف الكلب ، وأنه رتب وقف أم الولد على أن الوقف تملك للمنفعة فقط أو للمنفعة والرقبة ، فعلى الأول : يجري الوجهان ، وعلى الثاني : لا يجوز .

قوله : (ولو وقف بناءً أو غراساً في أرض مستأجرة لهما . . . فلاصح : جوازه) لأنه مملوك منتفع به مع بقاء عينه ، والثاني : المنع ؛ لأن مالك الأرض بسبيل من قلعه ، فكأنه وقف ما لا ينتفع به .

ولو وقف هذا أرضه وهذا بناءه . . . صح بلا خلاف ، قال الرافعي : كما لو

(١) الشرح الكبير (٢٥٢/٦) .

(٢) أي : السبكي .

فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمْعٍ . . اشْتَرَطَ إِمَّاكَانُ تَمْلِيكِهِ ؛

اجتمعا على البيع^(١) ، يعني : وفصلا الثمر ، أما إذا لم يفصلا . . فالأصح : بطلان البيع .

وإذا قلنا بصحة الوقف . . لم يكن لصاحب الأرض بعد مدة الإجارة أن يتملك البناء والغراس ، وإنما يتخير بين التبقية بأجرة وبين القلع مع إعطاء أرش النقص .

فإذا قلع . . وضع في أخرى وهو وقف بحاله لم ينقطع وقفه ، وأرش النقص يُشترى به شيء يوقف على تلك الجهة .

فلو لم يبق بعد القلع به انتفاع . . ففي كونه يصير ملكاً للموقوف عليه أو للواقف وجهان ، وقال في « المهمات » : الواجب شراء عقارٍ أو جزء من عقارٍ كنظائره^(٢) .

وقوله : (مستأجرة) مثال فإن المستعارة والموصى بمنفعتها له مدة كذلك .

وكان الأولى : أن يقول : (له) لأن العطف بـ (أو) يفرد له الضمير^(٣) .
وصرح في « الكافي » بأنه لا فرق في الأرض بين الملك والوقف ، نقله الزركشي

قوله : (فإن وقف على معين واحد أو جمع . . اشترط إمّاكان تمليكه) لأن

(١) الشرح الكبير (٢٥٤/٦) .

(٢) المهمات (٢٢٦/٦) .

(٣) قال في « تحفة المحتاج » (٤٠٣/٦) : (« لهما » ثناء مع أن العطف بـ « أو » لأنها بين ضدّين باعتبار استحالة اجتماع حقيقتهما على شيء واحد في زمن واحد ، فلا اعتراض عليه ، خلافاً لمن زعمه) .

فَلَا يَصِحُّ عَلَى جَنِينٍ ، وَلَا عَلَى الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ ، فَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَيْهِ . . فَهُوَ وَقْفٌ عَلَى سَيِّدِهِ ،

الوقف تمليك المنفعة ، وعبارة « المحرر » : (أو جماعة)^(١) وهي أحسن ؛ لدخول الاثنين فيها .

قوله : (فلا يصح على جنين) لأن الوقف تمليك ناجز ، بخلاف الوصية فإنها تتعلق بالمستقبل ، كذا جزم به الرافعي والنووي^(٢) .

وفي « البحر » : أن الشيخ أبا محمد حكى في « المنهاج » وجهاً بصحة الوقف عليه كما يملك بالإرث ، وجزم أبو الفرج الزاز بالصحة ، حكاه في « التحرير »^(٣) .

وإذا لم يصح على الجنين في البطن . . فلأن لا يصح على جنين سيحدث أولى .

قوله : (ولا على العبد لنفسه) قيل : إنه تفريع على قولنا : لا يملك ، وإن ملكناه . . صح الوقف عليه وللسيد أخذ الريع منه ، فإذا عتق . . كان له دون سيده .

قوله : (فلو أطلق الوقف عليه . . فهو وقف على سيده) كما لو وهب منه أو أوصى له ، وقيده ابن الرفعة بـ (القول الجديد) فأفهم أنه على القديم يكون للعبد فيصح قطعاً ، وفيمن هو له القولان .

فإذا شرطنا القبول في الوقف . . ففي اشتراط إذن السيد فيه الخلاف في قبولهما ، والأصح : عدم الاشتراط ، فيقبل بغير إذن السيد ، ولو لم يقبل

(١) المحرر (٢/٧٩٤) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٢٥٥) ، روضة الطالبين (٤/٣٨١) .

(٣) تحرير الفتاوى (٢/٣١٦-٣١٧) .

وَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَى بِهِيمَةٍ . . لَغَا ، وَقِيلَ : هُوَ وَقَفْتُ عَلَى مَالِكِهَا .

العبد وقبل السيد . . فالأصح : أنه لا يكفي ؛ لأن الخطاب لم يجر معه .

فرع : حكم المدبر والمعلق عتقه بصفة وأم الولد في ذلك حكم القن ، وكذا المكاتب على ما أطلق الشيخ أبو حامد وطائفة : أنه لا يصح الوقف عليه ، وقال المتولي : يصح في الحال ويصرف الربيع إليه ويدام إذا عتق إن أطلق الوقف ، وإن قال : تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتباً . . بطل استحقاقه ، وإن عجز . . بان أن الوقف منقطع الابتداء ، قال في « المهمات » : والصورة إذا كان لغيره ، فإن كان مكاتبه . . لم يصح ، صرح به الماوردي^(١) .

قال السبكي : وينبغي أن يحمل كلامهم على ما إذا كان معيياً ، أما الوقف على جهة المكاتبين . . فينبغي أن يصح جزماً - كما في الآية الكريمة^(٢) - الصرف لهم .

وقال الزركشي : والوقف على المبعوض صحيح قطعاً قاله ابن خيران في « اللطيف » .

قوله : (ولو أطلق الوقف على بهيمة . . لغا) لأنها ليست أهلاً للملك بحال ؛ ولهذا لا يجوز الهبة ولا الوصية لها .

(وقيل : هو وقف على مال كها) قال في « الروضة » : والثاني : يصح وينفق عليها منه ما بقيت ، وعلى هذا : فالقبول لا يكون إلا من المالك ، ثم قال : وحكى المتولي في قوله : وقفت على علف بهيمة فلان ، أو : بهائم القرية . . وجهين ؛ كصورة الإطلاق ، قال : والخلاف فيما إذا كانت مملوكة ، فلو وقف على الوحوش أو علف الطيور المباحة . . لم يصح بلا

(١) المهمات (٢٢٧/٦) .

(٢) وهي : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ . . . ﴾ الآية [التوبة : ٦٠] .

وَيَصِحُّ عَلَى ذِمِّيٍّ ، لَا مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ وَنَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ .

خلاف^(١) ، وعبرة الرافعي : قطعاً^(٢) ، ونقله السبكي بلفظ : حرم .

وقال^(٣) : وفي « المرشد » للجوري : قال بعض أصحابنا : وجائز أن يحبس على دابة مسبلة ؛ لأن معناه : أنه وقف على شيء جعل الله تعالى ، قال السبكي : وهذا عندي أولى مما قاله المتولي ، ثم نقل في (الوصية) قول الرافعي : أن الوصية على رأي وصية للبهيمة نفسها ، وحينئذ . . فلا فرق بين البهائم المملوكة والوحوش والصيد المباحة ، وهذا يعترض على ما ذكره المتولي في (الوقف)^(٤) قال السبكي : والقصد : إثبات خلاف في الجملة على خلاف ما قاله المتولي .

قوله : (ويصح على ذمي) أي : معين سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً ؛ كالوصية والصدقة ، قال الزركشي : محل الصحة : فيما يجوز تملكه إياه كما في الوصية ، فيمتنع وقف العبد المسلم وكتب العلم عليه .

قوله : (لا مرتد وحربي ونفسه في الأصح) يعني : في الثلاثة ، أما المرتد والحربي . . فلأنهما مقتولان لا بقاء لهما والوقف صدقة جارية ، فكما لا يوقف ما لا دوام له لا يوقف على من لا دوام له ، قال في « البيان » : وهذا يبطل بالزاني المحصن فإنه مأمور بقتله ويصح الوقف عليه^(٥) .

والثاني : الجواز كالذمي ، وقد يسلمان .

(١) روضة الطالبين (٣٨٢/٤) .

(٢) عبارة الرافعي في المطبوع من « الشرح الكبير » (٢٥٦/٦) ، (بلا خلاف) والله أعلم .

(٣) أي : السبكي .

(٤) الشرح الكبير (١٩/٧) .

(٥) البيان (٥٦/٨) .

.....

ووجه المنع : في الوقف على نفسه : أن الوقف تملك المنفعة وحدها أو مع الرقبة ، والإنسان لا يملك نفسه .

ووجه الجواز : أن استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه ملكاً وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك .

نعم ؛ لو وقف على الفقراء ثم صار فقيراً.. فالأصح الذي جزم به الماوردي : أنه يصرف إليه وإن منعنا الوقف على نفسه^(١) .

وفي « الروضة » و« أصلها » : حكاية المنع في الوقف على النفس عن النص^(٢) ، والمراد : القديم ، ولم ينص في الجديد على خلافه بل أشار فيه إلى البطلان .

قال الرافعي : ولو استبقى الواقف لنفسه التولية وشرط أجره وقلنا : لا يجوز أن يقف على نفسه.. ففي صحة هذا الشرط وجهان كالوجهين في الهاشمي إذا كان عاملاً هل يأخذ سهم العاملين^(٣) ؟ ورجح المصنف هنا : الجواز^(٤) .

وقال الجرجاني في « الشافي » : من وقف واستثنى لنفسه شيئاً مما يقتضيه إطلاق الوقف ؛ كأن يقف مقبرة بشرط أن يقبر فيها.. . جاز ؛ لأن الإطلاق يقتضيه ، وإن لم يقتضه الإطلاق ؛ كأن يقف داراً ويستثنى لنفسه بيتاً منها.. . فقولان بناءً على القولين في الوقف على نفسه ، والأصح : أنه لا يجوز ؛ إذ

(١) الحاوي الكبير (٢٨٨/٩) .

(٢) روضة الطالبين (٣٨٣/٤) ، الشرح الكبير (٢٥٧/٦) .

(٣) الشرح الكبير (٢٥٨/٦) .

(٤) روضة الطالبين (٣٨٣/٤) .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ مَعْصِيَةٍ ؛ كَعِمَارَةِ الْكِنَائِسِ .. فَبَاطِلٌ ،

ليس للمنافع المستثناة مالك غيره فلم يجز أن يملك نفسه ما هو مالك له .
ومن صور الوقف على النفس أن يقول : وقفت على نفسي ويسكت ، قطع
الماوردي فيها بالبطلان^(١) ، وكلام غيره يفهم : أنها من محل الخلاف ،
وحكي في : وقفت على نفسي ثم على الفقراء قولين ، قاله السبكي .
قوله : (وإن وقف على جهة معصية ؛ كعمارة الكنائس .. فباطل) أي :
قطعاً ؛ لأنه معصية والوقف شرع للتقرب ، ومثله الوقف لقناديلها وحصرها ،
وكذا الوقف لكتابة التوراة والإنجيل ؛ لأنهم حرفوا وبدلوا ، والاشتغال
بكتابتها غير جائز ، وما في آخر « الصحيح » قال ابن عباس : ﴿ يُحَرِّفُونَ ﴾
[النساء : ٤٦] يُزِيلُونَ ، وَلَيْسَ أَحَدٌ يُزِيلُ لَفْظَ كِتَابٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ ، وَلَكِنْهُمْ
يُحَرِّفُونَهُ : يتأولونه على غير تأويله^(٢) .

يحتمل أن يكون من كلامه وأن يكون مدرجاً بعده ، وجعله بعضهم من
كلامه ، وقال : إن في تحريف التوراة والإنجيل خلافاً هل هو في اللفظ
والمعنى أو في المعنى فقط ؟ ويميل إلى الثاني ويرى جواز مطالعتها ، قال
السبكي : وهذا منكر من القول ، وكلام الشافعي والأصحاب كلهم بخلافه
لا نعرف فيه خلافاً .

ولا فرق بين أن يصدر هذا الوقف من مسلم أو ذمي ، فنبطله إذا ترافعوا
إلينا ، أما ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة .. فنقرر حيث نقرر
الكنائس .

(١) الحاوي الكبير (٢٨٦/٩) .

(٢) صحيح البخاري قبل رقم (٧٥٥٣) ، قال الحافظ بن حجر العسقلاني في « الفتح »
(٥٠٤/١٥١) : (قوله : « يحرفون : يزيلون » لم أر هذا موصولاً من كلام ابن عباس من
وجه ثابت) .

أَوْ جِهَةً قُرْبَةً ؛ كَالْفُقَرَاءِ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمَسَاجِدِ وَالْمَدَارِسِ .. صَحَّ ، أَوْ جِهَةً لَا تَظْهَرُ فِيهَا الْقُرْبَةُ ؛ كَالْأَغْنِيَاءِ .. صَحَّ فِي الْأَصَحِّ .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظٍ ،

قوله : (أَوْ جِهَةً قُرْبَةً) أي : يظهر فيها قصد القربة (كالفقراء والعلماء والمساجد والمدارس .. صح) وكذلك الرباطات والقناطر والمجاهدون ، وعلى ذلك جرت أوقاف الصحابة رضي الله عنهم أجمعين .

قوله : (أَوْ جِهَةً لَا تَظْهَرُ فِيهَا الْقُرْبَةُ ؛ كَالْأَغْنِيَاءِ .. صح في الأصح) الوجهان مبنيان على أن المرعي في الوقف على الموصوفين جهة القربة أو التملك ، فإن قلنا بالأول .. لم يصح الوقف على الأغنياء ولا على اليهود والنصارى والفساق .

قال الرافعي : والأشبه بكلام الأكثرين : ترجيح كونه تملكاً وتصحيح الوقف على هؤلاء^(١) .

وقال السبكي : الذي يظهر ترجيحه : أن المرعي في الوقف على الجهة هو القربة لا التملك المجرد ، وذكر وجه الترجيح ، ثم قال : وكنت أميل إلى أن الوقف على معين لا يفتقر إلى قبول ، والآن ترجح عندي اشتراط القبول .

قوله : (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظٍ) لأنه تملك فأشبهه سائر التملكات وهذا في الناطق ، أما الأخرس .. فيصح منه بالإشارة المفهمة والكتب مع النية ، ولأن العتق لا يحصل إلا بلفظ مع سرعة نفوذه فالوقف أولى .

فلو بنى بناء على هيئة المساجد أو على غير هيئتها وأذن في الصلاة فيه .. لم يصير مسجداً ، وكذا لو أذن في الدفن في ملكه .. لم يصير مقبرة ، سواء

(١) الشرح الكبير (٦/٢٦٠) .

وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ كَذَا ، أَوْ : أَرْضِي مَوْقُوفَةً عَلَيْهِ ، وَالتَّسْيِيلُ وَالتَّحْيِيسُ صَرِيحَانِ عَلَى الصَّحِيحِ .

صُلِّي فِي ذَاكَ وَدُفِنَ فِي هَذَا أَوْ لَمْ يُفْعَلْ .

نعم ؛ قال الماوردي : إذا بنى في الموات قاصداً به المسجد . . صار مسجداً^(١) ، ويقوم الفعل مع النية مقام اللفظ ويزول ملكه عن الآلة بعد استقرارها ؛ لأن الموات لم يدخل في ملك المحيي له مسجداً ، وإنما احتيج إلى اللفظ لإخراج ما كان في ملكه عنه ، وأما البناء . . فصار له حكم المسجد تبعاً .

قوله : (وصرِيحه : وقفت كذا) أي : على كذا (أَوْ : أرضي موقوفة عليه) لأن لفظ الوقف أشهر الألفاظ المستعملة في هذا الباب عرفاً ، وكذلك في اللغة ، قال الجوهري : وقفت الدار للمساكين ، وأوقفها بالألف لغة رديئة^(٢) .

وأشار بالمثالين إلى : أنه لا فرق بين الفعل وما اشتق منه ؛ كقوله : وقفت وموقوفة ، وحبست ومحبسة ، وسبلت ومسبلة ، وحرمت ومحرمة ، وأبدت ومؤبدة ، وتصدقت وصدقة ، اسم كل مفعولٍ مثل فعله .

قوله : (والتسبيل والتحييس صريحان على الصحيح) لكثرة استعمالهما شرعاً وعرفاً .

وقيل : كنايةتان ؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهاً الوقف .

قال في « البسيط » : والخلاف إذا اقتصر عليه ، فلو أكد بالمصدر فقال : حبست تحبيساً مؤبداً محرماً . . فلا خلاف في الصراحة ، حكاه الزركشي .

(١) الحاوي الكبير (٢٧٥ / ٩) .

(٢) الصحاح (ص : ١١٥٥) .

وَلَوْ قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً ، أَوْ مَوْقُوفَةً ، أَوْ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ . . فَصَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ .

وَقَوْلُهُ : تَصَدَّقْتُ فَقَطْ . . لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَإِنْ نَوَى ، إِلَّا أَنْ يُضَيَّفَ

قوله : (ولو قال : تصدقت بكذا صدقة محرمة ، أو موقوفة ، أو لا تباع ولا توهب . . فصريح في الأصح) هذه رتبة دون التي قبلها عبر فيها بـ (الأصح) لقوة الخلاف ، وعبر فيما قبلها بـ (الصحيح) ؛ لضعفه .

وما تقدم فيما هو صريح بنفسه ، وهذا يلتحق بالصرائح بانضمام لفظ أو نية إليه ، فالخلاف جار في (محرمة) والقول بالصراحة مع انضمامه إلى (صدقة) منصوص عليه^(١) .

وذكر (لا يباع ولا يوهب) يصير الصدقة صريحاً على الأصح ؛ لأنها معه لا تحتل غيره .

وقال ابن الرفعة : لا يشترط الجمع بين : لا يباع ولا يوهب ، بل أحدهما يكفي^(٢) ، وفي « التحرير » : أن صاحب « البحر » صححه^(٣) .

قال السبكي : وعلى قياسه ينبغي الاكتفاء بقوله : لا يورث ، واستبعد ثبوت الخلاف في (صدقة موقوفة) فضلاً عن قوته ، قال : ولولا وثوقي بخط المصنف رضي الله عنه لكنت أتوهم أن مكان (موقوفة) (مؤبدة) كما ذكره أكثر الأصحاب تبعاً للشافعي .

قوله : (وقوله : تصدقت فقط . . ليس بصريح وإن نوى ، إلا أن يضيف

(١) مختصر المزني (ص : ١٩٠) .

(٢) كفاية النبيه (٣٤ / ١٢) .

(٣) تحرير الفتاوي (٣٢٣ / ٢) .

إِلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ وَيَنْوِي .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ قَوْلَهُ : حَرَّمْتُهُ ، أَوْ : أَبَدْتُهُ . لَيْسَ بِصَرِيحٍ ،

إلى جهة عامة وينوي) يعني : أن (تصدقت) ليس بصريح بنفسه ، فإن قال : صدقة محرمة ، أو محبسة ، أو موقوفة ، أو قرن به حكم الوقف فقال : صدقة لا تباع ولا توهب . . التحق بالصريح على الأصح ؛ لانصرافه بهذا عن التملك المحض .

أما إذا قال : تصدقت به على المساكين ونوى الوقف . . فالأصح : أنه يصير وقفاً .

وإن أضاف إلى معين فقال : تصدقت عليك ، أو قال : لجماعة معينين . . لم يكن وقفاً على الصحيح ، بل ينفذ فيما هو صريح فيه وهو التملك المحض .

واختار السبكي تبعاً لجماعة : أنه يحصل الوقف بتصدقت إذا نوى سواء أضافه إلى معين أم إلى جهة .

وقوله : (ينوي) ظاهره : أن النية تصيره صريحاً ، ومراده : أن الإضافة إلى الجهة صيرته كنايةً حتى يعمل فيه النية ، نبه عليه الزركشي ، قال : وقضيته : أنه إذا لم ينو . . لا يكون وقفاً قطعاً ، وهو كذلك ، وهل يصير صدقة تطوع ؟ فيه وجهان في « البحر » .

قوله : (والأصح : أن قوله : حرمة ، أو : أبدته . . ليس بصريح) لأنهما لا يستعملان مستقلين وإنما يؤكد بهما ، وعلى هذا يكون كناية ، فإذا نوى الوقف . . صح ، ولو جمع بينهما . . ازدادت قوة الكناية ولا تبلغ إلى حد الصريح ، فإن نوى صح قطعاً ؛ لأنه إما صريح فتعقد به ، وإما كناية وقد نوى ، والوقف ينعقد بالكتابة مع النية .

وَأَنَّ قَوْلَهُ : جَعَلْتُ الْبُقْعَةَ مَسْجِداً . . تَصِيرُ بِهِ مَسْجِداً ،

والثاني : إنهما صريحان ؛ لإفادتهما الغرض واستعمالهما .
ولو قال المصنف : (حرمة وأبدته) بالواو . . أفاد أن جمعهما ليس بصريح ، فأحدهما بطريق الأولى .

قوله : (وأن قوله : جعلت البقعة مسجداً . . تصير به مسجداً) أي : وإن لم يقل : وقفها ، ولا ذكر شيئاً من الألفاظ المتقدمة .

قال الرافعي : إن هذا هو الأشبه ؛ لإشعاره بالمقصود واشتهاره فيه^(١) .
وقيل : لا يصير ، ونسبه الزركشي إلى الجمهور وذكر جماعة ؛ لأنه وصف البقعة بما هي متصفة به ، قال صلى الله عليه وسلم : « جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِداً »^(٢) . قال السبكي : فعلى الأول : هو صريح ، وعلى الثاني : ليس بصريح .

وفي « المهمات » : محل الخلاف عند الإطلاق ، فإن قصد بقوله : (جعلتها مسجداً) الوقف . . صار مسجداً قطعاً ، جزم به القاضي حسين^(٣) .
قال السبكي : لو قال : جعلته مسجداً لله . . قال أبو طاهر : يصح ، وإن قال : عند عدم الإضافة . . لا يصح .

فائدة : قال السبكي : ينبغي لمن كتب كتاب وقف أو شهد به أن يسمع من الواقف إنشاءه للوقف وإقراره بنيته ، وحينئذ يقطع بالوقف وأنه لا خلاف فيه ، وقال أيضاً : وطريق الخروج من الخلاف - يعني : خلاف أبي حنيفة وأصحابه - في وقف المساجد أن يقول : وقفته مسجداً وجعلته مسجداً ،

(١) الشرح الكبير (٢٦٣/٦) .

(٢) أخرجه البخاري (٣٣٥) ، ومسلم (٥٢١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) المهمات (٢٣٢/٦) .

وَأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبُولُهُ .

وينوي ويشهد عليه بإقراره بذلك ، ويأذن للناس في الصلاة فيه ويصلي الناس فيه جماعةً ، وينبغي أن يشهد على ذلك معاينةً ؛ لأن عند المالكية فيما يشترط القبض فيه لا يكفي الإقرار ، بل لا بد من الشهادة على القبض معاينةً .

وينبغي للقاضي المحتاط إذا أراد أن يثبت الكتاب ألا يثبته حتى يثبت عنده ذلك كله ويضمنه الكتاب ، وحيثئذ يحكم به إن أراد الخروج من الخلاف ، وإلا . . فيثبته على أنه حكم به مع علمه باختلاف العلماء فيما أهمل ، وأنه ليس بمانع من الحكم ؛ لكونه لا يراه .

قوله : (وأن الوقف على معين . . يشترط فيه قبوله) لأنه يبعد دخول عين أو منفعة في ملكه بغير رضاه .

وعلى هذا : فلا بد من اتصال القبول بالإيجاب قولاً واحداً كالبيع ؛ فإن كان الموقوف عليه أهلاً . . قبل لنفسه ، وإلا . . يقبل له وليه .

والثاني : لا يشترط ، واستحقاق الموقوف عليه المنفعة كاستحقاق العتيق منفعة نفسه ، واختاره السبكي ؛ تبعاً لجماعة منهم المصنف في (كتاب السرقة)^(١) ، وقال : إنه ظاهر نصوص الشافعي ، وتصحيح المصنف^(٢) تبع فيه « المحرر » والإمام^(٣) والقاضي الحسين ، والمنصوص في « المختصر » و« الأم » : أنه لا يشترط القبض^(٤) .

وأما الوقف على الجهة العامة ؛ كالفقراء وعلى المسجد^(٥) والرباط . . فلا

(١) روضة الطالبين (٣٥٥ / ٧) .

(٢) أي : في « المنهاج » .

(٣) المحرر (٧٩٧ / ٢) ، نهاية المطلب (٣٧٨ / ٨) .

(٤) مختصر المزني (ص : ١٨٩) ، الأم (١٠٥ / ٥) ، (٢٢٧) .

(٥) وفي (أ) : (أو على المسجد) .

وَلَوْ رَدَّ . . بَطَلَ حَقُّهُ شَرْطُنَا الْقَبُولَ أَمْ لَا ،

خلاف أنه لا يشترط فيه القبول ؛ لأن ندب الشارع إليه بمنزلة الاستيجاب ، ووقفه بمنزلة الإيجاب ، فيتم به العقد .

فإن قال : جعلت هذا للمسجد . . فهو تملك لا وقف ، فيشترط قبول القيم وقبضه ؛ كما لو وهب شيئاً من صبي .

قوله : (ولو رد . . بطل حقه شرطنا القبول أم لا) أي : إذا لم يقبل ورد . . بطل ؛ كما في « الروضة »^(١) ، وكما أن الوكالة ترتد بالرد وإن لم يشترط القبول ، وقال البغوي : إنه لا ترتد برده^(٢) .

قال السبكي : وإذا وجد القبول ثم رد بعده . . فالظاهر : أن ذلك الرد لا أثر له ؛ لأن الوقف قد لازم .

وقال الروياني : إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره . . كان له ، وإن حكم الحاكم به لغيره . . بطل حقه ، وهذا يقتضي : أن الوقف لا يرتد بالرد ما لم يحكم بصحة الرد ، ففيه موافقة للبغوي من بعض الوجوه ؛ لأن البغوي لم يقل : إنه في زمن الرد يعطى لغيره ، والظاهر : أنه يقول : إنه له ولا أثر لرده .

وإذا أوجب الواقف الوقف وقلنا القبول شرط . . فالظاهر : أن له أن يرجع قبل قبول الموقوف عليه ؛ كما في البيع .

تنبيه : قول المصنف : (وأن الوقف على معين يشترط فيه قبوله) مراده به : البطن الأول ، ويمكن أن يقال : يدخل فيه البطن الثاني إذا قلنا : يَتَلَقَّوْنَ من الواقف ، وهو الصحيح ؛ لأنهم حينئذ يقال : إنهم موقوف عليهم .

(١) روضة الطالبين (٣٩٠ / ٤) .

(٢) التهذيب (٥١٧ / ٤) .

وَلَوْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا سَنَةً . . فَبَاطِلٌ .

ويؤخذ منه : أن الأصح : اشتراط قبولهم ، وهو مقتضى كلام الرافي^(١) ، لكن الأصح عند الجمهور ومقتضى نص الشافعي : عدم الاشتراط^(٢) وإن شرطنا قبول البطن الأول وأنه يرتد برد البطن الثاني على الصحيح .

وقوله : (ولو رد^(٣) . . بطل حقه) أي : من الوقف بالكلية على الصحيح ، وإذا كان هو البطن الأول . . يكون منقطع الأول ، فيبطل الوقف كله على الصحيح ، وإذا كان هو البطن الثاني . . يكون منقطع الوسط .

وبتمام الكلام في الصيغة تم الكلام في أركانه الأربعة : الواقف والموقوف ، والموقوف عليه ، والصيغة ، والله الموفق للصواب .

قوله : (ولو قال : وقفت هذا سنة . . فباطل) أشار إلى اشتراط التأييد ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « حَبَسَ الْأَصْلَ »^(٤) . فإذا أقتته . . فقد ناقض موضوعه .

وما ذكره من البطلان هو الأصح ، وقيل : يصح ويتأبد ويبطل التأقيت ، وقيل : يصح مؤقتاً ، وزيفه الإمام جداً^(٥) .

وشمل كلام المصنف : ما إذا قال : وقفته على الفقراء سنة ، وما إذا قال : وقفته على زيد سنة وسكت . . فهذه فيها تأقيت وانقطاع الآخر ، فيجزيء فيها الخلاف من جهتين .

(١) الشرح الكبير (٢٦٦/٦) .

(٢) الأم (١٠٥/٥ ، ٢٢٧) .

(٣) وفي (أ) : (ولو ورد) ؟ ! .

(٤) أخرجه البيهقي في « الكبير » (١٢٠٢٦) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٥) نهاية المطلب (٣٥٣/٨) .

وَلَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، أَوْ : عَلَى زَيْدٍ ثُمَّ نَسَلِهِ ، وَلَمْ يَزِدْ . .
فَالْأَظْهَرُ : صِحَّةُ الْوَقْفِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ الْمَذْكُورُ . . فَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْقَى
وَقْفًا ،

وإذا قال : جعلته مسجداً سنة . . نقل الإمام عن المذهب : الصحة^(١) ،
قال السبكي : فهو عمدة حتى يثبت ما يخالفه ، قال : ولو قال : وقفته على
زيد سنة وبعدها على الفقراء . . صح بلا خلاف ، وليس تأقيتاً للوقف .
قوله : (ولو قال : وقفت على أولادي ، أو : على زيد ثم نسله) أي :
ونحوه مما لا يدوم (ولم يزد . . فالأظهر : صحة الوقف) لأن مقصود الوقف
القربة والثواب ، فإذا بين مصرفه في الحال . . سهل إدامته على سُبُل الخير
ويسمى منقطع الآخر .

والثاني : أنه باطل ؛ لأن شرط الوقف التأييد ، فإذا لم يذكر جهة تدوم . .
لم يؤبده فكان كما لو قال : وقفته سنة ، فإذا وقف على الفقراء أو على من
ينقرض ، ثم عليهم . . صح قطعاً .

والأصح : أن العلماء كالفقراء ، والمساجد والرُّبُط والقناطر كالفقراء ؛ إلا
إذا عينها ، فإن عين مسجداً يبعد خرابه كالمسجد الجامع . . صح في الأصح
ولم يكن منقطع الآخر ، وإن لم يبعد خرابه . . فهو منقطع الآخر ، والأصح :
صحته ، وقرآن القرآن كالفقراء .

قوله : (فإذا انقرض المذكور . . فالأظهر : أنه يبقى وقفاً) يعني : فإذا
قلنا بالصحة فانقرض من ذكره . . فالأظهر : بقاءه وقفاً ؛ لأن وضع الوقف
على أن يدوم ويكون صدقةً جاريةً .

(١) نهاية المطلب (٣٥٣ / ٨) .

وَأَنَّ مَصْرِفَهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ يَوْمَ انْقِرَاضِ الْمَذْكُورِ .

والثاني : يرتفع الوقف ويعود ملكاً إلى الواقف ، أو إلى ورثته إن كان قد مات حتى الزوجة ؛ لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يتعرض له الواقف بعيد ، فيتعين ارتفاعه ، ويحكي هذا عن المزني وأبي يوسف .

قوله : (وأن مصرفه أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور) هو منصوص « المختصر » و « الأم » و « البويطي »^(١) لأن الصدقة على الأقارب أفضل لما فيه من صلة الرحم فكان الصرف إليهم أولى .

والثاني : يصرف إلى المساكين ؛ لأن سد الحاجات أهم الخيرات .

والثالث : إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس ؛ لأنها أعم الخيرات ، والأعم أهم .

والرابع : إلى مستحق الزكاة . وعلى الأظهر : النظر إلى قرب الرحم على الأصح ، فيقدم ابن البنت على ابن العم ، ويختص بالفقراء على الأظهر ، وفي كونه على سبيل الوجوب أو الاستحباب وجهان من غير ترجيح .
فإذا لم يوجد من أقربائه أحد . قال الإمام : فالصرف مردود إلى القولين الأخيرين^(٢) .

والحكم فيما إذا كان كل أقاربه أغنياء واشترطنا فقرهم حكم عدمهم .

قال الزركشي : وعطف المصنف يقتضي أن الخلاف أقوال ، والثلاثة من تخريجات ابن سريج ؛ كما قاله الإمام^(٣) .

(١) مختصر المزني (ص : ١٩٠) ، الأم (١٢٠/٥) ، مختصر البويطي (ص : ٧٧٢) .

(٢) نهاية المطلب (٣٥٢/٨) .

(٣) نهاية المطلب (٣٥٠/٨) .

وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ مُنْقَطِعَ الْأَوَّلِ ؛ ك : وَقَفْتُهُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي ..
فَالْمَذْهَبُ : بَطْلَانُهُ ،

فرع : اختار السبكي صحة الوقف على زيد والفقراء ؛ لأن الوقف على شيئين يجعلهما كالجهة بدليل الصحيح فيما إذا وقف على زيد وعمرو وبكر ومات أحدهم .. صرفت الغلة إلى من بقي ، ولولا جعلهم كالجهة .. لما صح ذلك ، فلا يتحقق الانقطاع .

والفرق بينه وبين ما إذا وقف على نفسه وغيره : أن الوقف على نفسه باطل في الابتداء ، فلا يتحقق جعله مع غيره كالجهة ، بخلاف الوقف على زيد والفقراء كل منهما يصح الوقف عليه والانقطاع مأمون ، فلا يأتي ما قاله الرافعي ولا ما قاله ابن الرفعة^(١) ، إلا على الوجه القائل بأنه إذا مات أحد الشخصين لا يرجع الوقف إلى الآخر .

قوله : (ولو كان الوقف منقطع الأول ؛ ك : وقفته على من سيولد لي ..
فالمذهب : بطلانه) .

اعلم : أنه إذا قال : وقفت على من سيولد لي ، أو : على مسجد سيبنى ، أو : على ولدي ثم على الفقراء ولا ولد له .. ففيه طريقان ؛ أحدهما : القطع بالبطلان ، وصححها الجمهور ، قاله في « المطلب » ؛ لأن منقطع الآخر وجد مستحقاً وابتداءً صحيحاً يبنى عليه الآخر ، بخلاف العكس^(٢) .

والثانية : أنه على القولين في منقطع الآخر ، والمذهب هنا : البطلان ، وهو نصه في « المختصر » .

(١) الشرح الكبير (٦/٣٠٠-٣٠١) ، كفاية النبيه (٢٦/١٢) .

(٢) أي : بخلاف منقطع الأول ؛ لعدم إمكان الصرف ؛ لأنه لم يجد مستحقاً وابتداءً صحيحاً يبنى عليه . راجع « النجم الوهاج » (٥/٤٨٥) .

أَوْ مُنْقَطِعَ الْوَسْطِ ؛ ك : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ الْفُقَرَاءُ . .
فَالْمَذْهَبُ : صِحَّتُهُ .

تنبيه : قال الزركشي : تمثيل المصنف غير مطابق فإنه لمنقطع الأول والآخر ، ولا خلاف في بطلانه ، قاله القاضي حسين وغيره ، ومثال منقطع الأول فقط : على من سيولد لي ثم على زيد ، ولعل المصنف إنما لم يذكره بناءً على أن الأول يستلزم ثانياً ، لكنه اختار في (كتاب الطلاق) : أنه لا يستلزم^(١) .

وقال السبكي : يحمل كلام المصنف على ما إذا ذكر الانتهاء بدلالة قوله : (منقطع الأول) .

قوله : (أَوْ مُنْقَطِعَ الْوَسْطِ ؛ ك : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ الْفُقَرَاءُ . .
فَالْمَذْهَبُ : صِحَّتُهُ) لوجود التنجيز والتأيد ، وقال الرافعي : يرتب على منقطع الآخر إن صححناه فهذا أولى ، ونوزع في الأولوية ، وإلا . . فوجهان ؛ أحدهما : الجواز ، ويصرف عند الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف أو إلى المساكين على ما سبق^(٢) .

فرع : لو كان منقطع الطرفين معلوم الواسطة ؛ كما إذا وقف على رجل ثم على أولاده واقتصر عليه ، فإن لم نصحح المنقطع الأول . . فهذا أولى بآلاً يصح ، وإن صححناه . . فوجهان ؛ أحدهما : البطلان ، وبتقدير الصحة إلى من يصرف ، فيه الخلاف السابق^(٣) .

(١) روضة الطالبين (١٤٧/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٧١/٦) .

(٣) أي : آنفاً في شرح قول المتن : (وأن مصرفه . . .) إلخ .

وَلَوْ اِقْتَصَرَ عَلَى : وَقَفْتُ .. فَلَا أَظْهَرُ : بِطُلَانُهُ .
وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ ؛ كَقَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ زَيْدٌ .. فَقَدْ وَقَفْتُ .

قوله : (ولو اقتصر على : وقفت .. فالأظهر : بطلانه) لأنه لو قال :
وقفت على جماعة .. لم يصح ؛ لجهالة المصرف ، فإذا لم يذكر المصرف
أصلاً .. أولى ألا يصح .

والثاني : يصح ، واختاره جماعة ؛ لأنه إزالة ملك على وجه القرية فيصح
وإن لم يعين المالك كالأضحية ، وعلى هذا ففي مصرفه الخلاف في منقطع
الآخر .

والقولان منسوبان إلى « كتاب حرمة » .

واختار السبكي الصحة فيما إذا قال : لله ؛ لحديث أبي طلحة ، قال :
(هي صدقة لله)^(١) .

وقال الزركشي : إن قال : وقفته لله .. صح قطعاً ؛ ثم يقبل قوله في نية
تعيين المصرف .

قوله : (ولا يجوز تعليقه ؛ كقوله : إذا جاء زيد .. فقد وقفت) أي : كذا
على كذا ؛ كما لا يصح تعليق البيع والهبة ، هذا هو المذهب ، ومن الأصحاب
من قال : إن قلنا : منقطع الأول باطل .. فالمعلق أولى ، وإن قلنا صحيح ..
ففي المعلق وجهان .

نعم ؛ أفتى الأستاذ أبو إسحاق فيمن قال : وقفت داري على الفقراء بعد
موتي .. أن الوقف يقع بعد الموت كعتق المدبر ؛ أي : إذا مات الموصي
وخرجت الدار من الثلث .. وجب التنفيذ كما يجب تنفيذ عتق المدبر ،

(١) أخرجه البخاري (١٤٦١) ، مسلم (٩٩٨) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ . . بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ .
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ أَلَّا يُؤَجَّرَ . . اتَّبَعَ شَرْطُهُ ،

وساعده أئمة الزمان ، وقال السبكي ما معناه : إن ما أفتى به يوافقه نص الشافعي وكلام المتولي ، قال : ولا أرى أن فيه خلافاً عندنا ، وإن قال ابن الرفعة : إن الخلاف يطرقه ، فليس كما قال .

قوله : (ولو وقف بشرط الخيار) أي : كما لو شرط أن يرجع متى شاء أو يبيعه ونحوه (. . بطل على الصحيح) يعني : بطل الوقف ؛ لأن الوقف إزالة ملك لله تعالى ؛ كالتق ، أو إلى الموقوف عليه ؛ كالبيع والهبة ، وعلى التقديرين يفسد بهذا الشرط .

وقيل : يصح الوقف ويبطل الشرط .

قال السبكي : وحكماهما الجوري قولين ، قال الزركشي : رأيتهما في « البويطي »^(١) .

قال : ومحلّه : إذا لم يحكم حاكم بصحة الوقف ، فإن حكم به . . صح بلا خلافٍ وأمضى ، رأيت في « التجريد » لابن كج .

وحكى السبكي أيضاً عن الدارمي تقييد البطلان بما إذا لم يحكم به حاكم ، وقال : يحتمل أن يريد : يحكم بصحة الوقف وبطلان الشرط ، أما الحكم بصحة الشرط . . فينبغي أن ينقض .

قوله : (والأصح : أنه إذا وقف بشرط ألا يؤجر . . اتبع شرطه) أي : كسائر الشروط .

والثاني : لا ؛ لأنه حجر على مستحق المنفعة .

(١) مختصر البويطي (ص : ٧٧٢ - ٧٧٤) .

وَأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ الْمَسْجِدِ اخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ ؛ كَالشَّافِعِيَّةِ . . اخْتَصَرَ
كَالْمَدْرَسَةِ وَالرِّبَاطِ .

والثالث : إن منع مطلقاً . . لم يُتَّبَعْ ، وإن منع الزيادة على سنة . . أُتَّبِعَ .
قال الرافعي : وإذا أفسدنا الشرط . . فالقياس : فساد الوقف ، لكن حكى
العبادي الصحة مع فساد الشرط^(١) .
وعلى الأصح : يتهاياً أهل الوقف في الانتفاع ، وعليه أيضاً : لو شرط ألا
يعار . . اتبع شرطه .

وإن سكت . . جازت الإعارة ؛ لأن من ملك منفعة . . ملك إعارتها .
ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه إذا مات ، أو شرط لنفسه
أو غيره في إنشاء الوقف أن يحرم من شاء ويزيد من شاء ، أو يقدم أو يؤخر . .
فالذي قطع به الجمهور فيها : بطلان الشرط والوقف .
فلو أطلق الوقف ثم أراد أن يغير ما ذكره . . فليس له قطعاً .

قوله : (وأنه إذا شرط في وقف المسجد اختصاصه بطائفة ؛ كالشافعية . .
اختص كالمدرسة والرباط) أي : سواء تعرض للانقراض أم لا على الأصح ؛
رعاية للشرط وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر .

والثاني : لا يتبع شرطه ولا يختص ، وقال الإمام : إنه المذهب ، ورجحه
الغزالي^(٢) ، واختاره السبكي إذا صرح بجعلها مسجداً ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَنَّ
الْمَسْجِدَ لِلَّهِ ﴾ [الجن : ١٨] إلا أن يريد ألا يقام في المسجد إلا شعار مذهب
خاص . . فيتبع في ذلك ما لم يكن ذلك المذهب ذا بدعة ؛ فلا يصح شرطه .

(١) الشرح الكبير (٢٧٣ / ٦) .

(٢) نهاية المطلب (٣٩٨ / ٨) ، الوسيط (٤٠١ / ٢) .

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا . . . فَالْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ : أَنَّ نَصِيْبَهُ يُصْرَفُ إِلَى الْآخِرِ .

وإذا قلنا : يفسد الشرط . . . فسد الوقف ، قاله المتولي .

ولو شرط في المدرسة أو الرباط الاختصاص . . . اختص قطعاً .

قوله : (ولو وقف على شخصين ثم الفقراء فمات أحدهما . . . فالأصح المنصوص : أن نصيبه يصرف إلى الآخر) لأنه جعلهما كالجهة الواحدة .

والثاني : أنه لمن بعدهما .

والثالث : أنه منقطع الوسط ، وقال المصنف : معناه : مصرفه مصرف منقطع الوسط ، لا أنه يجيء خلاف في صحة الوقف^(١) .

وقال الرافعي : لو قال : على أولادي ثم أولاد أولادي . . . لا يصرف إلى البطن الثاني ما بقي من الأول واحد ، كذا أطلقه الجمهور^(٢) ، قال المصنف : وهو الصحيح ؛ لأن من بقي بعد موت بعض الأولاد يسمون أولاداً ، بخلاف موت أحد الشخصين^(٣) .

ولو وقف على شخصين ، ولم يذكر بعدهما مصرفاً - وصححنا المنقطع الآخر - فمات أحدهما . . . فنصيبه للآخر أو حكمه حكم نصيبهما إذا ماتا ؛ وجهان ، قال السبكي : ينبغي أن يكون أصحهما : الأول .

(١) روضة الطالبين (٣٩٧/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٦-٢٧٧) .

(٣) روضة الطالبين (٤٠٠/٤) .

فصل

قَوْلُهُ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي . . . يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْكُلِّ ،
وَكَذَا لَوْ زَادَ : مَا تَنَاسَلُوا ، أَوْ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ .

(فصل)

[في أحكام الوقف اللفظية]

(قوله : وقفت على أولادي وأولاد أولادي . . . يقتضي التسوية بين الكل)
أي : بين الأولاد وأولاد الأولاد في أصل الإعطاء والمقدار ، ويقتضي التسوية
أيضاً بين أفراد كل منهما ؛ لأن الواو تطلق على الجمع لا للترتيب .

ومنع الجمهور دخول (أل) على (كل) وأجازه الأخفش والفارسي .

قوله : (وكذا لو زاد : ما تناسلوا) يعني : إذا قال : أولادي وأولاد
أولادي ما تناسلوا . . . اقتضى التسوية بين الكل .

قال السبكي : واعلم : أن (ما تناسلوا) لا تقتضي تسوية ولا ترتيباً ؛ لأنه
يصح الإتيان بها مع (الواو) ومع (ثم) ولا يغير معناه ، ولكنها تقتضي
التعميم بمنزلة قوله : (وإن سفلوا) لأننا لو جعلنا (ما تناسلوا) قاصراً على
المذكورين . . . لم يكن فيه فائدة ؛ لأنه لهم ، فيحمل على أنه قال : عليهم
وعلى أعقابهم ما تناسلوا ، ويكون الضمير في (تناسلوا) عائداً على أولاد
الأولاد مراداً بهم هم وأنسالهم على وجه المجاز ، فيعم ما سفل من النسل
وتقتضي التسوية بينهم ، وكما أن (الواو) لا تقتضي الترتيب لا تنافيه ، فلو
شرط معها الترتيب . . . اتبع .

قوله : (أو بطناً بعد بطن) يعني : أن بطناً بعد بطن يقتضي التسوية بين
الكل ، فيشارك البطن الأسفل البطن الأعلى ، فيكون للتعميم دون الترتيب ؛

وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ مَا تَنَاسَلُوا ،
أَوْ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْأَعْلَى فَلَا أَعْلَى ، أَوِ الْأَوَّلِ فَلَا أَوَّلَ . . .

أي : يعم البطن الثالث وإن سفل ، فيكون كقوله : (ما تناسلوا) .

قال السبكي : كذا قاله الرافعي والبغوي^(١) .

ويجب أن يكون مفروضاً فيما إذا أطلق الواقف هذا الكلام ، ويجعل
قوله : (بطناً بعد بطن) ، قرينةً في إرادة جميع البطون ، وحينئذ لا يمتنع أن
يقال بذلك مع الترتيب ، فيكون للتعميم عرفاً إن ثبت وللترتيب وضعاً .

وإن لم يثبت . . . وجب القول بالترتيب فقط ؛ كما قاله الماوردي
والبندنجي وإمام الحرمين^(٢) وغيرهم ، وهو أصح ، فيقدم البطن الأول وهم
أولاد الصلب ، ثم أولادهم ، ثم أولاد أولادهم وهكذا ، فإن البطن في
العرف : اسم لكل منها .

ولو قال : أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا بطناً بعد بطن . . فوجهان ؛
أحدهما : أنه للترتيب ، وهو الصحيح ، فيقدم أولاد الصلب ، ثم أولادهم ،
ثم أولاد أولادهم ؛ لأن صيغة (بعد) تقتضي تأخيرهم^(٣) عن البطن الأول في
الاستحقاق وإن وجدوا .

و(بطن) في موضع الحال والأشهر فيه النصب ، وقوله : (بعد) ظرف
لمحذوف ؛ أي : كائناً بعد بطن ، وهذا التوجيه في هذه والتي قبلها .

قوله : (ولو قال : على أولادي ، ثم أولاد أولادي ، ثم أولادهم
ما تناسلوا ، أو على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى ، أو الأول فالأول . .

(١) الشرح الكبير (٢٧٦/٦) ، التهذيب (٥٢٣/٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٩٠/٩) ، نهاية المطلب (٣٦٤/٨) .

(٣) وفي (ب) : (تأخرهم) .

فَهُوَ لِلتَّرْتِيبِ .

وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْأَوْلَادِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الْأَوْلَادِ فِي الْأَصَحِّ .

فهو للترتيب (دلالة) ثم (على الترتيب متفق عليها ، وكذا (الأعلى فالأعلى) فلا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من البطن الأول أحد ، ولا إلى الثالث ما بقي من الثاني أحد ، وظاهر كلام الرافعي ^(١) : أنه يستمر بصفة الترتيب ، وقد يتوقف في الترتيب بعد البطن الثالث ؛ لعدم مجيء (ثم) فيه ، إلا أن يقال : إن قوله : (ما تناسلوا) يقتضي التعميم بالصفة المتقدمة ، وهي : تقدم الأولاد على أولادهم ، فيستمر ذلك في كل بطن ، ولا بأس به .

وقد قال الرافعي : لو قال : على أولادي ثم أولاد أولادي وأولاد أولاد أولادي . . فمقتضاه : الترتيب بين البطن الأول ومن دونهم ، والجمع بين من دونهم ، ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولاد أولادي . . فمقتضاه : الجمع أولاً والترتيب ثانياً ^(٢) .

ويجعل حكم (ما تناسلوا) يجري عليه ما استقر عليه الحال في آخر بطن قبله ؛ من ترتيب أو جمع ، فيحفظ ذلك الحال فيما سفل على العموم .
والظاهر : أنه لا فرق بين أن يذكر طبقتين أو ثلاثة .

وضبط المصنف (الأول فالأول) بالفتح ^(٣) إما على الحال ، والألف واللام قيل : زائدة ، وقيل : معرفة ، وإما على أنه مشبه بالمفعول .

قوله : (ولا يدخل أولاد الأولاد في الوقف على الأولاد في الأصح) لأن

(١) الشرح الكبير (٢٧٦/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٧-٢٧٨/٦) .

(٣) وفي سائر الشروح المطبوعة أن المصنف ضبطه بكسر اللام ، وفي بعضها : ويجوز الفتح أيضاً . والله أعلم .

وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الذَّرِّيَّةِ وَالنَّسْلِ وَالْعَقْبِ وَأَوْلَادِ
الْأَوْلَادِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَلَى مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ .

اسم الولد إنما يقع حقيقةً على ولد الصلب ، وهذا هو المنصوص .

والثاني : يدخلون لقوله تعالى : ﴿ يَبْنِيْءَ آدَمَ ﴾ [الأعراف : ٢٦] .

والثالث : يدخل أولاد البنين دون أولاد البنات .

وهذا الخلاف عند الإطلاق .

وقد يقترن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم ؛ كما إذا قال : وقفت على
أولادي ، فإذا انقضوا . . . فلأحفادي الثلث والباقي للفقراء .

ولو وقف على الأولاد ولم يكن له إلا أولاد الأولاد . . . ففي « التتمة »
وغيرها : أنه يحمل عليهم ؛ صيانةً للكلام عن الإلغاء .

ويجري الخلاف فيما إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ، هل يدخل أولاد
أولاد الأولاد ؟

ولو قال : وقفت على أولادي ، فإذا انقض أولادي وأولاد أولادي فعلى
الفقراء . . . فالأكثر على أنه منقطع الوسط ، وقيل : ذكرهم قرينة في دخولهم
واختاره ابن أبي عصرون .

ولو قال : وقفت على أولادي . . . دخل من يحدث على الصحيح .

ويدخل في الوقف على الأولاد : البنون والبنات والخنائى المشكلون ،
وإذا وقف على أولاده . . . صرف نصيب من مات منهم إلى الباقيين ، ويرعى
شرط الواقف في القدر ، وصفات المستحقين ، وزمن الاستحقاق .

قوله : (ويدخل أولاد البنات) أي : قريبهم وبعيدهم (في الوقف على
الذرية والنسل والعقب وأولاد الأولاد ، إلا أن يقول : على من ينتسب إليّ منهم)

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتَقٌ وَمُعْتَقٌ . قُسِمَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يَبْطُلُ .

أي : من أولاد الأولاد ؛ لأن أولاد بناته لا ينتسبون^(١) إليه ، بل إلى آبائهم ، وقيل : يدخلون ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الحسن : « إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ »^(٢) . والجواب : أنه من الخصائص .

ودليل الدخول عند الإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ ﴾ إلى أن قال : ﴿ وَعِيسَى ﴾ [الأنعام : ٨٤ - ٨٥] وهو من أولاد البنات .

قوله : (ولو وقف على مواليه وله معتق ومعتق . . قسم بينهما ، وقيل : يبطل) اسم المولى يقع على المعتق ويقال له : المولى الأعلى ، وعلى العتيق ويقال له : المولى الأسفل ، فإذا وقف على مواليه وليس له إلا أحدهما . . فالوقف عليه ، فإن وجدا جميعاً . فالأصح : أنه يقسم بينهما ؛ لتناول الاسم لهما ، وهذا التصحيح من زوائد المصنف هنا^(٣) وفي « الروضة »^(٤) .

والثاني : يبطل ؛ لامتناع حمل اللفظ الواحد على المعينين المختلفين .

قال السبكي : وفرض ابن الصباغ والمتولي المسألة في لفظ المفرد وحكما الخلاف فيها ، وقال : قد يقول القائل : إذا لم يكن له حال الوقف إلا المعتق الأعلى ، ثم حدث له عتيق . . يدخل في الوقف ؛ لصدق الاسم وجعله كالعام ؛ كما لو وقف على إخوته ، ثم حدث له أخ .

قال ابن الرفعة : وكذا لو كان اثنان من الأعلى وواحد من الأسفل أو بالعكس وقلنا أقل الجمع ثلاثة ؛ يعني : يقسم بينهم ، وهذا مقتضى كلام

(١) وفي (أ) : (لا ينتسبون) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٠٤) عن أبي موسى رضي الله عنه .

(٣) لأن في « المحرر » (٨٠١ / ٢) لم يصحح شيئاً منهما ، بل قال : (رجح كلاً مرجحون) ، وهذا التصحيح من زيادات المصنف التي لم يميزها . راجع « النجم الوهاج » (٤٩٨ / ٥) .

(٤) روضة الطالبين (٤٠٣ / ٤) .

وَالصِّفَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ عَلَى جُمْلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ فِي الْكُلِّ ؛ ك : وَقَفْتُ عَلَى
مُحْتَاجِي أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي ، وَكَذَا الْمُتَأَخِّرَةُ عَنْهَا ، وَالْإِسْتِثْنَاءُ إِذَا
عُطِفَ بِوَإٍ ، كَقَوْلِهِ : عَلَى أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي الْمُحْتَاجِينَ ، أَوْ : إِلَّا
أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ .

الإمام أيضاً^(١) وهو يقتضي أن يكون في صورة « المنهاج » : يقسم قطعاً ؛
لتعبيره بالموالي وليس له إلا معتق ومعتق ، ونقله ابن الرفعة عن « المحيط »
لكنه قال : فلا ينقدح في هذه الصورة إلا أحد وجهين : إما البطلان ، وإما
الصحة والصرف للأعلى ، أما الجمع . . فلا وجه له^(٢) .

قوله : (والصفة المتقدمة على جمل معطوفة تعتبر في الكل ؛ ك : وقفت
على محتاجي أولادي وأحفادي وإخوتي ، وكذا المتأخرة عنها^(٣)) ، والاستثناء
إذا عطف بواو ؛ كقوله : على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين ، أَوْ : إِلَّا
أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ) .

الأصل في هذه المسألة : قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾ [النور : ٤]
الآية ، اتفق الشافعي وأبو حنيفة رضي الله عنهما على أن الحد لا يسقط
بالتوبة ؛ لأنه حق آدمي ، واتفقا على أن اسم الفسق يسقط بالتوبة ، واختلفا في
قبول الشهادة ؛ فأبو حنيفة لا يقبلها ؛ لأن الاستثناء عنده إنما يرجع إلى الجملة
الآخيرة ، والشافعي رضي الله عنه يقبلها بعد التوبة ؛ لأنه يرى أن الاستثناء
يعود إلى الجميع ، خرجنا عنه في الحد بدليل ، يبقى ما عداه على مقتضى
اللفظ^(٤) .

(١) نهاية المطلب (٤٠٢/٨ - ٤٠٣) .

(٢) كفاية النبيه (٧٩/١٢) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (وكذا المتأخرة عليها) .

(٤) الأم (٢٠٣/٨) .

وقوله : (إذا عطف بواو) هو تقييد للإمام تبعه فيه « المحرر »^(١) .
 قال السبكي : والظاهر : أنه لا فرق بين (الواو) و (ثم) .
 وقيد الإمام المسألة أيضاً ؛ بالألا يتخلل بين الجملتين كلام طويل ، فإن
 تخلل . . اختص الاستثناء بالأخيرة^(٢) .

قال السبكي : ولم يخص النحاة المسألة بالجمل بل قالوا : إذا أعقب
 الاستثناء معمولات والعامل فيها واحد . . كان الاستثناء راجعاً إلى تلك
 المعمولات ، فإن اختلف العامل والمعمول واحد ؛ كقوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ
 تَابُوا ﴾ [النور : ٥] فالحكم كما إذا اتحد العامل ، قاله ابن مالك ، وفي هذا عذر
 للمصنف في تمثيله بالمفردات دون الجمل .

ولا فرق عندنا في الرجوع إلى الجميع بين الاستثناء والصفة ؛ كما صرح به
 الإمام فيهما^(٣) ، والشرط والضمير ؛ كما ذكره بعض الأصوليين إذا كان
 صالحاً لجميعها ؛ كقول المصنف : (بعضهم) .

ومما ذكرناه يتبين أن الرجوع إلى الجميع في المفردات أولى منه في
 الجمل ، هذا كله في الاستثناء وفي الصفة إذا تأخرت ، فإن تقدمت الصفة على
 الجميع ؛ كلفظ « المنهاج » . . عادت إلى الجميع ، وهو مبني على أن
 (أحفادي) معطوف على (أولادي) والأحفاد أولاد الأولاد سموا بذلك ؛
 لإعانتهم لجدهم ، يقال : رجل محفود : إذا كان له خدم وأعوان ، وأصله :
 الإسراع ، ومنه : وإليك نسعى ونحفد ؛ أي : نسرع في طاعتك .

(١) نهاية المطلب (٣٦٤-٣٦٥ / ٨) ، المحرر (٨٠١ / ٢) .

(٢) نهاية المطلب (٣٦٥ / ٨) .

(٣) نهاية المطلب (٣٦٤ / ٨) .

فصل

الْأَظْهَرُ : أَنَّ الْمَلِكَ فِي رَقَبَةِ الْمَوْقُوفِ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ؛ أَي : يَنْفَكُ
عَنِ اخْتِصَاصِ الْآدَمِيِّ ، فَلَا يَكُونُ لِلْوَاقِفِ وَلَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .
وَمَنَافِعُهُ مِلْكُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ ، . .

(فصل)

[في أحكام الوقف المعنوية]

(الأظهر : أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى ؛ أي : ينفك
عن اختصاص الآدمي^(١) ، فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه) أي : كالتعق
والصدقة ، وقطع به بعضهم .

والثاني : أنه لا ينتقل ، بل هو باقٍ على ملك الواقف ؛ ولهذا يتبع
شروطه .

والثالث : أنه ينتقل إلى الموقوف عليه ؛ كالصدقة ، وقطع أيضاً به
بعضهم .

والخلاف فيما سوى وقف التحرير ، أما وقف التحرير ؛ كالمسجد . .
فالملك فيه لله بلا خلافٍ ، ومعناه : الانفكاك عن اختصاص الآدميين .

وعبر في « الروضة » بالمذهب^(٢) ؛ لأجل الطرق .

قوله : (ومنافعه ملك للموقوف عليه يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة
وإجارة) أي : عند الإطلاق فإن شرط السكن . . فليس له أن يسكنها غيره
بأجرة ولا بغيرها أو لتستغل ويعطى غلتها ، فلا يجوز سكنه .

(١) وفي بعض الشروح المطبوعة : (اختصاص الآدميين) .

(٢) روضة الطالبين (٤٠٦/٤) .

وَيَمْلِكُ الْأُجْرَةَ وَفَوَائِدَهُ ؛ كَثْمَرَةٍ وَصُوفٍ وَلَبَنٍ ، وَكَذَا الْوَلَدُ فِي الْأَصَحِّ ،
وَالثَّانِي : يَكُونُ وَقْفًا .

قوله : (ويملك الأجرة وفوائده ؛ كثمرة وصوف ولبن) أي : حتى يجب
عليه زكاة الثمرة ؛ لأن الوقف لذلك ينشأ .

قال الزركشي : كذا أطلقوه ، ومرادهم : الحادث بعد الوقف ؛ كما
صرحوا به في الولد ، أما الموجود حالة الوقف . . فللواقف إذا كانت الثمرة
مؤبرة ، وإن لم تؤبر . . فقولان ، قاله الدارمي .

ولا يملك أغصان الشجرة إلا فيما يعتاد قطعه ؛ كأغصان شجرة
الخلاف^(١) . . فهي كثمار غيرها .

قوله : (وكذا الولد في الأصح) أي : يملكه ؛ كاللبن والثمره (والثاني :
يكون وقفاً) أي : تبعاً للأم ؛ كما أن ولد الأضحية يكون ضحيةً .

وقيل : الوجهان في ولد الفرس والحمار ، أما ولد النعم . . فيملكه
قطعاً .

وقيل : لا حق فيه للموقوف عليه ، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى
الواقف ، إلا أن يصرح بخلافه .

وما ذكر في الدر والنسل مفروض فيما إذا أطلق أو شرطها للموقوف عليه .

أما إذا وقف الدابة على ركوب إنسان ولم يشترط له الدر والنسل . . فقليل :
حكمهما كمنقطع الآخر ، وقيل : ينبغي أن يكون للواقف ، قال الرافعي :
وهذا أوجه^(٢) ، قال في « المهمات » : ومقتضاه : جريان الخلاف وإن جعله

(١) الخلاف : شجر الصفصاف . المعجم الوسيط (ص : ٢٥١) .

(٢) الشرح الكبير (٦ / ٢٨٥) .

وَلَوْ مَاتَتِ الْبَهِيمَةُ . . اخْتَصَّ بِجِلْدِهَا .
وَلَهُ مَهْرُ الْجَارِيَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ .

للموقوف عليه ، والصواب : أنه للموقوف عليه قطعاً ، وبه جزم الماوردي وغيره^(١) .

قال الإمام : ولو جعل الركوب لشخص واللبن لآخر . . اتبع بلا خلاف^(٢) .
ومحل الخلاف في الولد الحادث بعد الوقف ، فإن كانت حين الوقف حاملاً ، وقلنا : الحادث بعده وقف . . فهنا أولى ، وإلا . . فوجهان ؛ بناءً على أن الحمل هل له حكم أم لا ؟ قال في « الكفاية » : فإن لم يعلم . . فللواقف ، قاله الماوردي^(٣) .

ومحله فيه أيضاً : إذا كان من نكاح أو زناً ، فلو كان من وطء الشبهة . . فعلى الواطئ قيمة للموقوف عليه على الأصح .

قوله : (ولو ماتت البهيمة . . اختص بجلبدها) لأنه أولى به ، وهذا عند الإطلاق ، فإن خصه ببعض المنافع . . فلا .

قال في « الدقائق » : وعبرت بالاختصاص ؛ لأن النجس لا يوصف بأنه مملوك^(٤) .

وإذا دبغه . . ففي عوده وقفاً وجهان ، قال في « التتمة » : الظاهر : العود .
قوله : (وله مهر الجارية إذا وطئت بشبهة أو نكاح إن صححناه ، وهو الأصح) لأن المهر من جملة الفوائد ، فهو كاللبن والثمرة .

(١) المهمات (٢٤٨ / ٦) .

(٢) نهاية المطلب (٤٠٠ / ٨) .

(٣) كفاية النبيه (٥٢ / ١٢) .

(٤) دقائق المنهاج (ص : ٩٤) .

واعلم : أن وطأ الموقوفة لا يجوز للواقف ولا للموقوف عليه بلا خلاف ولو قلنا بالملك ؛ لضعفه ، فإن وطئها أحدهما وقلنا : لا ملك لهما ، أو أجنبي غير شبهة . . وجب الحد والولد رقيق ، وفي كونه ملكاً أو وقفاً وجهان ، وإن كان شبهة . . فلا حد والولد حر ، ويجب قيمته على الواقف والأجنبي ، ويكون ملكاً إن جعلنا الولد ملكاً ، ولا مهر على الموقوف عليه ، ويجب على الأجنبي إن كانت مكرهة ، وفي المطاوعة العالمة خلاف .

وسكت الرافعي عن المهر في وطء الواقف^(١) ، قال السبكي : والظاهر : وجوبه إذا لم يملكه وكان الوطاء بشبهة . انتهى

وصرح به في « البسيط » ، وأطلق الروياني في « البحر » : أن حكم الواقف حكم الأجنبي .

وقوله : (أو نكاح إن صححناه) أي : يصح تزويج الموقوفة من أجنبي على الأصح ، وأطلق الرافعي : أن الحاكم يزوجه بإذن الموقوف عليه^(٢) ، قال في « المهمات » : وهو محمول على ما إذا كان النظر للحاكم ، فإن شرطه لنفسه أو لأجنبي . . فهو الذي يزوج ، وصرح به الماوردي فقال : يزوجه من يستحق الولاية على الوقف^(٣) .

قال ابن العماد : ما قاله الماوردي ضعيف والجمهور بنوه على أقوال الملك .

قال الزركشي : وقوله : (إن صححناه) يفهم : أنه ليس له إن أبطلناه ،

(١) الشرح الكبير (٢٨٧ / ٦) .

(٢) الشرح الكبير (٢٨٨ / ٦) .

(٣) المهمات (٢٥١ / ٦) .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ ، بَلْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ ؛ لِيَكُونَ وَقْفًا مَكَانَهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَبَعْضُ عَبْدٍ .

وليس^(١) كذلك ؛ بدليل أنه له عند وطء الشبهة والزنا مكرهة أو مطاوعة وقلنا : لا أثر لطاوعيتها . انتهى

وليس له أن يتزوجها على الأصح ، وعلى هذا : لو وقفت عليه زوجته . . .
انفسخ النكاح ، قال في « المهمات » : القول بالانفساخ مخالف لتصحيح
اشتراط القبول^(٢) .

قال ابن العماد : ينبغي انقطاع النكاح وإن لم يقبل الوقف ؛ لحصول
الملك على قول .

قوله : (والمذهب : أنه) أي : الموقوف عليه (لا يملك قيمة
العبد الموقوف إذا أتلِفَ ، بل يشتري بها عبد ؛ ليكون وقفاً مكانه ، فإن
تعذر . . فبعض عبد) أي : بخلاف ما إذا أتلِفَت الأضحية ولم يوجد بقيمتها إلا
شقص شاة ؛ لأنه لا يضحى به ، ويوقف بعض العبد وهذا على الأصح : أن
الملك لله تعالى ، وكذا إذا جعلناه للواقف أو للموقوف عليه ؛ كيلا يبطل
غرض الواقف .

وقيل : على هذين القولين يصرف ملكاً إلى من حكمنا له بملك الرقبة فإنها
بدل ملكه .

والطريق الثاني : القطع بالشراء وإذا اشترى عبد وفضل شيء . . فالمختار
في « الروضة » : أنه يشتري به شقص عبد ؛ لأنه بدل جزء من الموقوف^(٣) .

(١) وفي (أ) : (فليس) .

(٢) المهمات (٢٥١/٦) .

(٣) روضة الطالبين (٤١٦/٤) .

.....

والمشتري هو الحاكم على الأصح .

وإن لم يمكن شراء شقص . . ففي « الحاوي » و« البحر » : ثلاثة أوجه ،
 قيل : يبقى على حاله تبعاً لأصله ، وقيل : يكون للموقوف عليه ، وقيل :
 لأقرب الناس للواقف .

ولا يجوز شراء جارية بقيمة العبد وبالعكس ، ولا يشتري صغير بقيمة
 الكبير ولا عكسه على الأقوى في « الروضة » ، وفيها الأصح : أنه لا بد من
 إنشاء الوقف فيه^(١) .

وحكم أروش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف حكم قيمته على
 الصحيح ، ولا فرق بين قتل الأجنبي والواقف والموقوف عليه على الأصح .
 فإن تعلق بالقتل قصاص وقلنا الملك لله . . فهو كعبد بيت المال ،
 والظاهر : وجوب القصاص ويستوفيه الإمام .

وإن قلنا : للواقف أو للموقوف عليه . . استوفاه المالك منهما ، قاله
 الرافعي تبعاً للمتولي^(٢) .

وقال الماوردي : إذا جنى على العبد الموقوف في نفس أو طرف . . فلا
 قصاص فيهما وإن كانت عمداً ؛ لما في القصاص من استهلاك الوقف ، وأطلق
 القاضيان وابن الصباغ وجوب القيمة ، ولم يفرقوا بين العمد والخطأ .

وذكر المصنف لـ (العبد) مثال ، فإن جميع الأعيان الموقوفة الحكم فيها
 إذا أتلقت ما ذكر ، أما إذا تلف الموقوف في يد الموقوف عليه بلا تعد . .

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤١٧) .

(٢) الشرح الكبير (٦ / ٢٩٦) .

وَلَوْ جَفَّتِ الشَّجَرَةُ.. لَمْ يَنْقَطِعِ الْوَقْفُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، بَلْ يُتَنَفَّعُ بِهَا
جِذْعاً ، وَقِيلَ : تَبَاعُ وَالْثَمَنُ كَقِيَمَةِ الْعَبْدِ .

وَالْأَصَحُّ : جَوَازُ بَيْعِ حُصْرِ الْمَسْجِدِ إِذَا بَلَيْتَ ، وَجُذُوعِهِ إِذَا انْكَسَرَتْ
وَلَمْ تَصْلُحْ إِلَّا لِلْإِحْرَاقِ .

فلا ضمان ، قال من « زوائده » : ومنه الكيزان المسبلة على أحواض
الماء^(١) .

فرع : إذا جنى العبد الموقوف جناية موجبة للقصاص ، فإن استوفى
المستحق .. فات الوقف كموته ، وإن عفا على مالٍ أو كانت موجبة للمال ..
لم يتعلق برقبته ؛ لتعذر بيع الوقف ، لكن يُفْدَى ؛ كأم الولد إذا جنت .

والأصح على أقوال الملك : أنه يلزم الواقف ، فإن كان ميتاً .. قال
المتولي : لا يفدى من التركة ، وهل يتعلق بكسبه أو ببيت المال ؟ وجهان .

قوله : (ولو جفت الشجرة .. لم ينقطع الوقف على المذهب ، بل ينتفع
بها جذعاً) أي : إما بإيجار أو غيره ؛ إدامةً للوقف ، ولا تباع على الأصح .

(وقيل : تباع ، والثلث كقيمة العبد) أي : فعلى رأي : تشتري به شجرة
أو شقص شجرة من جنسها ، وعلى رأي : يصرف إلى الموقوف عليه ملكاً
وليس في « الروضة » و« أصلها » ذكر طرق ، بل ذكراً أوجهاً مبنياً بعضها على
بعض^(٢) .

قوله : (والأصح : جواز بيع حصر المسجد إذا بليت ، وجذوعه إذا
انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق) لئلا يضيع ويضيق المكان .

(١) روضة الطالبين (٤٢٣/٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤١٩/٤) ، الشرح الكبير (٢٩٨/٦) .

.....

والثاني : لا تباع ؛ لأنها عين الوقف ، بل تترك بحالها أبداً .

أما إذا صلحت لأن ينتفع بها في الوقف أدنى انتفاع . . فلا يأتي الخلاف .

قال الرافعي : وعلى الأول قالوا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد ، والقياس : أن تشتري بثمن الحصر الحصر ولا يصرف في مصلحة أخرى ، ويشبه أنه مرادهم^(١) .

قال السبكي : والإمام منفرد بتصحيح الجواز في الحصر والجذع المنكسر ، وينقل الخلاف في الدار المشرفة^(٢) ، والرافعي منفرد بذكر الخلاف في الدار المنهدمة ، وباقتضاء كلامه التصحيح فيها وفي المشرفة بالجواز^(٣) ، وذكر السبكي جماعة في كلامهم القطع بمنع بيع الدار الخراب ، وقال : هم أئمة المذهب ، ولم أر غيرهم خالفهم إلا ما في كلام الإمام فمن بعده .

وقال الرافعي : وما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها . . هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد ، أما ما اشتراه المتولي للمسجد ، أو وهب له وقبله المتولي . . فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف^(٤) .

وقال المصنف : هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه ، فأما إذا وقفه . . صار وقفاً قطعاً^(٥) . انتهى

وفي « التهذيب » و« البيان » : إطلاق الخلاف فيما إذا اشترى للمسجد ،

(١) الشرح الكبير (٢٩٨/٦) .

(٢) نهاية المطلب (٣٩٥-٣٩٦/٨) .

(٣) الشرح الكبير (٢٩٨/٦) .

(٤) الشرح الكبير (٢٩٩-٣٠٠/٨) .

(٥) روضة الطالبين (٤٢٠/٤) .

وَلَوْ أَنَّهُمْ مَسْجِدٌ وَتَعَذَّرَتْ إِعَادَتُهُ.. لَمْ يُبْعَ بِحَالٍ .

فصل

إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ.. اتَّبَعَ ،

وتصحيح عدم الجواز^(١) .

قوله : (ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته.. لم يبع بحال) لأن المسجد كالحر ، فكما لا يباع الحر لا يباع الوقف ، وهكذا لا يعود ملكاً ؛ لأنه في الحال يمكن الصلاة فيه والاعتكاف ، ثم إذا خربت المحلة^(٢) ولم يخف من المفسدين أن ينقضوه.. ترك ، وإلا.. نقض وحفظ .

وإن رأى الحاكم أن يعمر ينقضه مسجداً آخر.. جاز ، وما كان أقرب إليه.. فهو أولى .

وحكى الزركشي : أن الماوردي جزم بصرف غلة المسجد عند تعذر إعادته للفقراء والمساكين ، وأن المتولي قال : يصرف لأقرب المساجد إليه ، وأن الإمام قال : يحفظ لتوقع عوده .

(فصل)

[في بيان النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر]

(إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره.. اتبع) أي : كما يتبع سائر شروطه ؛ لأن عمر رضي الله عنه كان يلي صدقته ثم جعلها إلى حفصة ، وبعدها إلى ذوي الرأي من أهلها^(٣) .

(١) البيان (٩٩/٨) ، التهذيب (٥٢٤/٤) .

(٢) أي : التي حول المسجد ، وتفرق الناس عنها . راجع « النجم الوهاج » (٥١٨/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٧٩) ، البيهقي في « الكبير » (١٢٠١٥) عن يحيى بن سعيد رحمه الله تعالى .

وَالْإِلَّا . . . فَالنَّظَرُ لِلْقَاضِي عَلَى الْمَذْهَبِ .

وَشَرَطُ النَّازِرِ : الْعَدَالَةُ وَالْكَفَايَةُ وَالْاهْتِدَاءُ إِلَى التَّصَرُّفِ .

سواء أ قلنا : الملك له ، أم للموقوف عليه ، أم لله سبحانه .

ولا فرق بين أن يكون الوقف على معين وشرط التولية لأجنبي ، أو لا على المشهور ، ولا بين أن يفوض في الحياة وبين أن يوصي ، قاله الرافعي^(١) .
وقيده السبكي بأن يكون التفويض في صلب الوقف ، أو اشترط فيه أن له ذلك ، وإلا . . . فلا يعمل به ؛ لأنه مسكوت عنه .

قوله : (وإلا . . . فالنظر للقاضي على المذهب) يعني : إذا لم يشرط الواقف . . . فالنظر للحاكم لا مطلقاً ، سواء كان الوقف على معين أو جهة ، وسواء قلنا : الملك لله ، أو للواقف ، أو للموقوف عليه ؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه ومن بعده ، فصاحب النظر العام أولى بالنظر فيه ، وقيل : للواقف ، وقيل : للموقوف عليه ، وبناءها بعضهم على الخلاف في ملك الرقبة .

وذكر كثيرون : أن النظر في حالة السكوت للواقف من غير حكاية خلاف ولا بناء ، فهذه ثلاث طرق .

وقال في « المطلب » : هذا في الوقف الذي لا يضاهي التحرير ، وأما ما يضاهيه ؛ كالمسجد والمقبرة والرباط . . . فالذي يقتضيه كلام الجمهور : أن النظر في ذلك للإمام ، وأن الواقف فيه كغيره .

وإنما عبر المصنف بـ (المذهب) لبناء بعضهم الخلاف على أقوال الملك .

قوله : (وشرط الناظر : العدالة والكفاية والاهتداء إلى التصرف) سواء

(١) الشرح الكبير (٢٨٩/٦) .

وَوَظِيفَتُهُ : الْعِمَارَةُ وَالْإِجَارَةُ ، وَتَحْصِيلُ الْغَلَّةِ وَقِسْمَتُهَا ، فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هَذِهِ الْأُمُورِ . . لَمْ يَتَعَدَّهُ .

كان الواقف أو الموقوف عليه أو غيرهما ، ولا فرق في ذلك بين الوقف على الجهات العامة والأشخاص المعينين .

وقيل : لا تشترط العدالة إذا كان الوقف على معينين .

وقوله : (والاهتداء إلى التصرف) بيان لبعض ما أجمله من الكفاية ، فلو اختلت عدالة من فوّض إليه أو كفايته . . انتزع منه .

قال في « المطلب » : ويشبه أن يكون لمن يستحق النظر بعده لموته ، واستبعده السبكي إذا لم ينص عليه الواقف ، وقال : بل ينظر الحاكم ، واتفقا على عود الولاية إذا عادت الأهلية ، وحكاه الزركشي عن « فتاوى المصنف »^(١) ، وقال : أطلق المصنف العدالة ، وينبغي في منصوب الحاكم الباطنة ، ويكتفى في منصوب الواقف بالظاهرة كما في الأب .

قوله : (ووظيفته : العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها) أي : بين المستحقين ، زاد الرافعي : وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط^(٢) .

قوله : (فإن فوّض إليه بعض هذه الأمور . . لم يتعدّه) لأن ما سواه غير مأذون فيه .

ولو شرط لواحدٍ بعضاً ولواحدٍ بعضاً . . لم يتعد كل واحدٍ منهما ما شرط له .

ولو جعل النظر لاثنتين . . لم يستقل أحدهما بالتصرف ما لم ينص عليه .

(١) فتاوى الإمام النووي (ص : ١٨٨) .

(٢) الشرح الكبير (٢٩٠ / ٦) .

إِلَّا أَنْ يَشْرَطَ نَظْرَهُ حَالَ الْوَقْفِ .

وَإِذَا أَجَرَ النَّاظِرُ فَزَادَتِ الْأُجْرَةُ فِي الْمُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبٌ بِالزِّيَادَةِ . . لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ .

وفي « المهمات » : إطلاق القول بالجواز يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون لسبب أم لا ، وذكر المصنف من « زوائده » آخر (باب الفياء) عن الماوردي قال : وإذا أراد ولي الأمر إسقاط بعضهم - يعني : الأجناد المثبتين في الديوان - لسبب . . جاز ، وبغير سبب . . لا يجوز^(١) .

وأورده الزركشي وقال : وإذا كان هذا في النظر العام . . ففي النظر الخاص المقتضي للاحتياط أولى .

قال ابن العماد : الفرق بينهما : أن الأجناد ربطوا أنفسهم على الجهاد ، وهو فرض كفاية ؛ فلا يجوز إخراجهم بغير سبب ، بخلاف الوقف .

قوله : (إلا أن يشترط نظره حال الوقف) أي : فلا يجوز عزله ، ومفهومه : جواز العزل إذا لم يشترط له النظر ، لكن قال السبكي : إن كان قد شرط النظر لنفسه ، أو لم يشترط ، وقلنا : النظر له ثم ولاه . . فهو وكيل عنه ، فله عزله ونصب غيره ، وإن لم يكن شرط وقلنا : النظر للحاكم . . فلا يصح من الواقف حينئذ تولية ولا عزل .

قوله : (وإذا أجر الناظر فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة . . لم ينفسخ العقد في الأصح) لأن العقد حين جرى كان على وجه الغبطة فأشبهه ما إذا باع ولي الطفل ماله ثم ارتفعت القيمة بالأسواق وظهر طالب بالزيادة .

والثاني : ينفسخ ؛ لأنه تبين وقوعه على خلاف الغبطة في المستقبل .

(١) المهمات (٢٥٤ / ٦) ، روضة الطالبين (٣٢٦ / ٥) .

والثالث : إن كانت الإجارة سنةً فما دونها . لم يفسخ ، وإن كانت أكثر . انفسخ في الزيادة على السنة .

وقيد الإمام الخلاف بما إذا تغيرت الأجرة بكثرة الطالبين ، أما زيادة الواحد . فلا عبرة بها^(١) .

وإذا أجر الموقوف عليه بحكم الملك إذا قلنا به وجوزنا له الإيجار ، فزادت الأجرة أو ظهر طالب بزيادة . لم يتأثر العقد بلا خلاف ؛ كما لو أجر ملكه المطلق .

قال ابن الرفعة : بل قال الأصحاب لأجل ذلك : إنه لا يشترط أن يؤجره بأجرة المثل حتى لو أجر بدونها . نفذ وأمضى حكمها ما دام حيّاً ، فإذا مات وقد بقي من المدة شيء . . بان بطلان الإجارة فيه وجهاً واحداً .

فرع : لو اندرس شرط الواقف فلم يعرف مقادير الاستحقاق . . قسمت الغلة بين أربابه بالسوية إذا كان في أيديهم ، أو لا يد لأحد منهم ، فإن طلب بعضهم أيمان بعض . . لزم ، قاله الماوردي ، ولو كان في يد بعضهم . . فالقول قوله مع يمينه ، ولو كان الواقف حياً . . قال الماوردي وغيره : رجع إلى قوله ولا يمين عليه^(٢) .

ولو مات الواقف . . فالقول قوله وارثه ، فإن لم يكن . . رجع إلى قول الوالي على الوقف في شروطه إن كان من قبل الواقف ، فإن اختلف الوالي والوارث . . فأيهما أحق بالرجوع إلى قوله ؟ فيه وجهان^(٣) .

(١) نهاية المطلب (٨/٤٠٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/٢٩٥) .

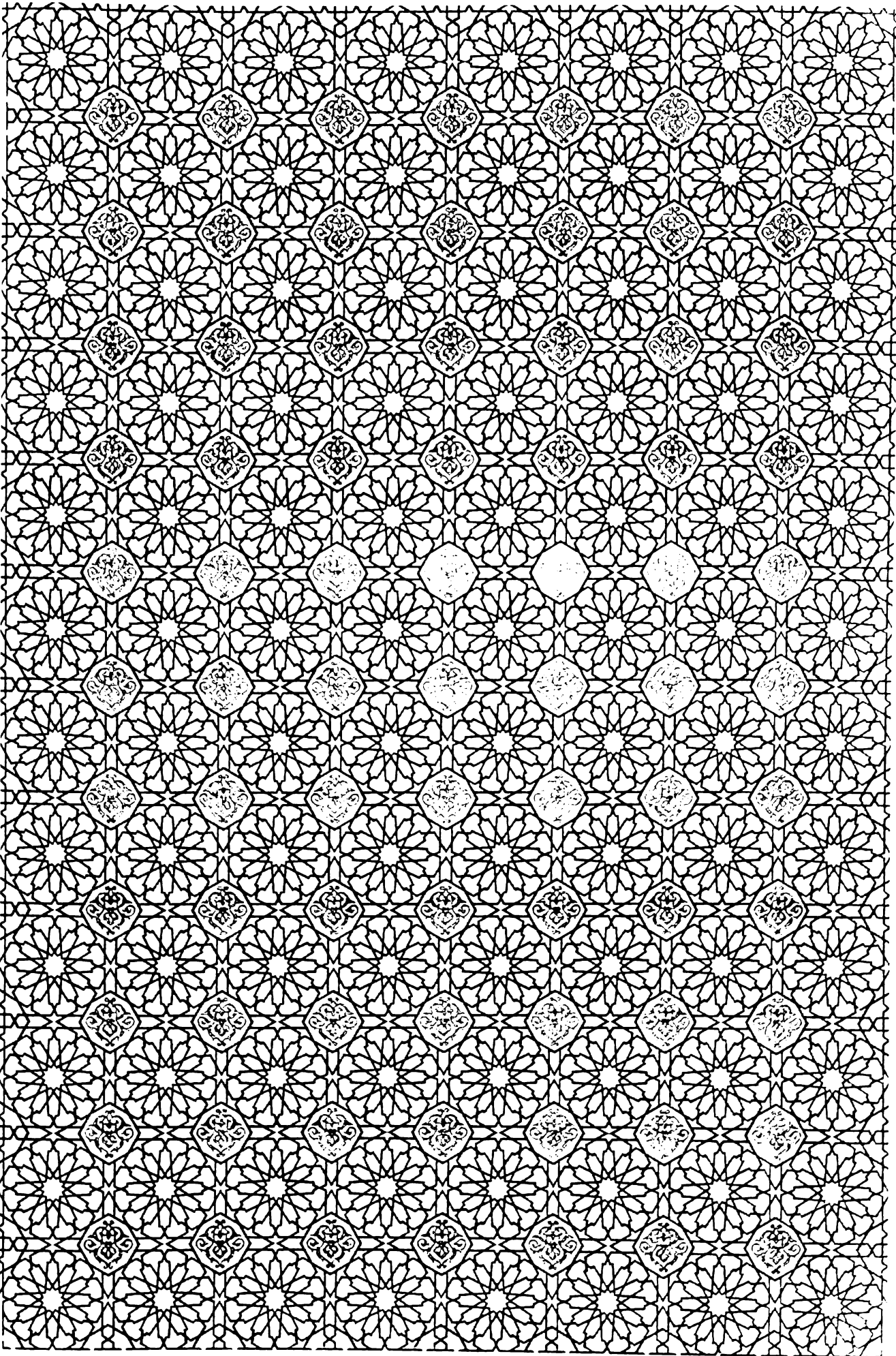
(٣) راجع « الحاوي الكبير » (٩/٢٩٥-٢٩٦) .

.....

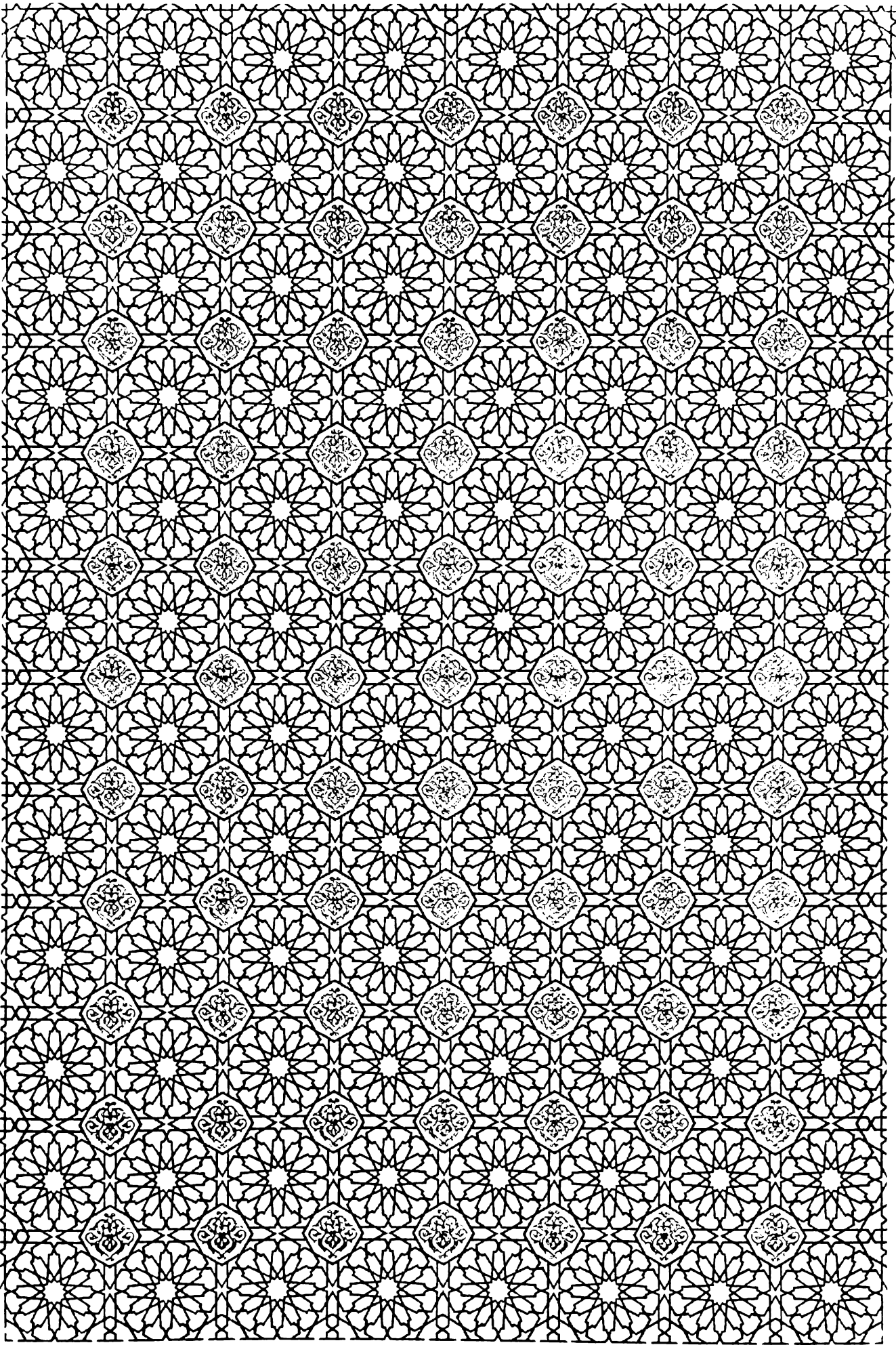
ولم يذكر الإمام شيئاً من ذلك بل قال : الوجه التوقف إلى اصطلاحهم^(١) .
وإن لم يعرف أرباب الوقف . . جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه ،
فيصرف على القول بصحته في مصرف منقطع الآخر إذا صححناه ، والله سبحانه
تعالى أعلم وأحكم .

* * *

(١) نهاية المطلب (٤٠٦/٨) .



كتاب الهبة



كِتَابُ الْهَبَةِ

التَّمْلِيكُ بِلاَ عَوَضٍ : هِبَةٌ ، فَإِنْ مَلَكَ مُحْتَاجاً لِثَوَابِ الْآخِرَةِ .. فَصَدَقَهُ ،
فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى مَكَانٍ الْمَوْهُوبِ لَهُ إِكْرَاماً .. فَهَدِيَّتُهُ .

(كتاب الهبة)^(١)

قال ابن طريف في الأفعال : وهبت لك الشيء : أعطيتك ، ولا يقال :
وهبتكه ، وجوز ابن الشجري في « أماليه » الأمرين^(٢) .

قال في « الذخائر » : انعقد الإجماع على استحبابها ، حكاها^(٣) الزركشي .
قوله : (التملك بلا عوض : هبة ، فإن ملك محتاجاً لثواب الآخرة ..
فصدقة ، فإن نقله إلى مكان الموهوب له إكراماً .. فهدية) .

في الكتاب والسنة ذكر الأنواع الثلاثة والندب إليها^(٤) ، وكل منها للأقارب
أفضل منها لغيرهم .

وقوله : (محتاجاً) لا حاجة إليه ؛ لأن الصدقة على الغني عندنا جائزة
يثاب عليها إذا قصد القرية .

وقوله : (فإن نقله) عبارة « المحرر » بـ (الواو)^(٥) وهي أحسن ، فإن

(١) وفي (أ) : (باب الهبة) .

(٢) أمالي ابن الشجري (٨٣ / ١) .

(٣) وفي (ب) : (نقله) .

(٤) أما الكتاب .. فقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [المائدة : ٢] وأما السنة .. فعن

أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لَوْ دُعِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ ..
لَأَجَبْتُ ، وَلَوْ أَهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ .. لَقَبِلْتُ » . أخرجه البخاري (٢٥٦٨) ، وفي الباب
غيرهما .

(٥) المحرر (٨٠٧ / ٢) .

وَشَرَطُ الْهَبَةِ : إِيْجَابٌ وَقَبُولٌ لَفْظًا ،

(الفاء) قد توهم : أنه قسم من الصدقة ، والهدية والصدقة قسمان من مطلق الهبة .

وقوله : (إكراماً) ليس على سبيل الاشتراط ، وإنما الشرط النقل ، ولأجله لم يدخل لفظ : (الهدية) في العقار ، فلا يقال : أهدى إليه أرضاً ولا داراً ، قال الزركشي : جزم به الرافعي^(١) ، لكنه قال في (باب النذر) : ولو قال : لله علي أن أهدي هذا البيت أو الأرض ونحوهما مما لا ينقل . . أنه يصح ويبيعه وينقل ثمنه^(٢) .

وقوله : (الموهوب له) هو المشهور في اللغة ، وعبرة « المحرر » : (منه)^(٣) وهي جائزة وردت في الحديث^(٤) .

قوله : (وشرط الهبة : إيجاب وقبول لفظاً) أي : كالبيع ؛ لأن كلاهما تمليك ناجز .

والمراد : الهبة التي ليست بهدية ولا صدقة ؛ لأن مطلق التمليك بلا عوضٍ لو اشترط فيه اللفظ . . اشترط في الهدية والصدقة .
ويكفي في الأخرس الإشارة المفهمة .

ويشترط التواصل المعتاد بين الإيجاب والقبول .

ومراده بالشرط : ما لا بد منه ؛ كما عبر به « المحرر »^(٥) .

(١) الشرح الكبير (٣٠٥ / ٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠١ / ١٢) .

(٣) المحرر (٨٠٧ / ٢) .

(٤) أخرجه البخاري (٥١٣٥) عن سهل بن سعد رضي الله عنه ، وفيه : (وهبْتُ من نفسي) .

(٥) المحرر (٨٠٨ / ٢) .

وَلَا يُشْتَرَطَانِ فِي الْهَدِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ ، بَلْ يَكْفِي الْبَعْثُ مِنْ هَذَا وَالْقَبْضُ مِنْ ذَاكَ .

وَلَوْ قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لَوَرَثَتِكَ . فَهِيَ هِبَةٌ ، . . .

ولو وهب لعبد وأطلق . . كانت لسيده ، والمعتبر قبول العبد ، ويصح بغير إذن السيد في الأصح .

وصريح الإيجاب في الهبة : وهبت ، ومنحت ، وفي القبول : قبلت ، أو رضيت .

قوله : (ولا يشترطان في الهدية على الصحيح ، بل يكفي البعث من هذا) أي : المهدى (والقبض من ذاك) أي : المهدى إليه ؛ لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقبلها ، ولا لفظ هناك^(١) .

قال الرافعي : والصدقة كالهدية^(٢) .

وقيل : لا بد من الإيجاب والقبول فيهما .

فرع : قال الماوردي : لو قال : وهبت لك إن شئت ، فقال : شئت . . لم يصح حتى يقول : قبلت ، ولو قال : قبلت إن شئت لم يصح ، ولو قال : هب لي عبدك إن شئت ، فقال : شئت . . لم يصح حتى يقول : وهبت ، ولو قال : وهبت إن شئت . . لم يجز^(٣) .

قوله : (ولو قال : أعمرتك هذه الدار) أي : جعلتها لك عمرك (فإذا مت فهي لورثتك . . فهي هبة) أي : حكماً ، ولكنه طَوَّلَ العبارة ، فيعتبر الإيجاب

(١) من ذلك : ما أخرجه البخاري (٢٥٧٦) ، ومسلم (١٠٧٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٨/٦) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٩٧/٩) .

وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى : أَعْمَرْتُكَ . . فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ ،

والقبول ؛ لما روى جابر رضي الله عنه : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العمرى أنها لمن وهبت له . متفق عليه^(١) .

وللعمرى صور ؛ إحداها : ما بدأ به .

وقوله : (فهي لورثتك) تأكيد لملكه ، فإذا مات . . فالدار لورثته ، فإن لم يكونوا . . فليبت المال .

ولا فرق بين قوله : هي لك ولعقبك ، وقوله : فإذا مت . . فهي لعقبك ؛ لأن المقصود التملك المؤبد .

واستشكل في « المهمات » الجمع بين : فهي لورثتك أو لعقبك . . بأن العقب : الأولاد وأولاد الأولاد سواء كانوا وارثين أم لا^(٢) .

قال ابن العماد : الانتقال هنا إنما هو بالإرث ، لا بطريق الوقف ، فانتقل ذهنه من الهبة إلى الوقف .

ولو قال : لعقبك غير الوارثين . . صحت الهبة ، ولم تنتقل بالموت للعقب غير الوارث ؛ لفساد الشرط .

ولا خلاف في اشتراط القبض كالهبة ، ولا يجب على المعمر إمساكها لعقبه ، بل له بيعها وسائر التصرفات فيها ؛ لأنه ملك رقبته .

قوله : (ولو اقتصر على : أعمرتك . . فكذا في الجديد) أي : ولم يقل : هي لك ولعقبك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا تُعْمِرُوا »^(٣) معناه :

(١) صحيح البخاري (٢٦٢٥) ، صحيح مسلم (١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) المهمات (٢٦٩ / ٦) .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٥٦) ، والنسائي (٣٧٣١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

وَلَوْ قَالَ : فَإِذَا مِتَّ عَادَتْ إِلَيَّ . . فَكَذًا فِي الْأَصَحِّ .

لا تعمروا طمعاً في أن يعود عليكم ، واعلموا أن سبيله سبيل الميراث .
والمشهور عن القديم : أن العقد باطل من أصله ؛ لأنه تملك عين قدره
بمدة فأشبهه ما إذا قال : وهبت منك ، أو : أعمرتك سنة ، وعلى البطلان :
لا أجره على المعطي في تصرفه وانتفاعه ؛ لأنه أباحها له ، ولا ضمان إن تلفت
بغير فعله ، وبفعله يضمن ؛ لأنه عدوان .

ولو قال : هي لك عُمرى ، بإسكان الميم وفتح الراء . . صرح الماوردي
فيها بجريان القولين الجديد والقديم^(١) ، قال السبكي : وهو صحيح .
قوله : (ولو قال : فإذا مت عادت إلي . . فكذا في الأصح) أي : يصح
ولا يرجع إلى الواهب ، بل تكون لورثة الموهوب له تفريعاً على الجديد ؛
أخذاً بالأحاديث وعدولاً عن قياس سائر الشروط الفاسدة .
والثاني : البطلان ؛ لأنه شرط يخالف مقتضى الملك .

قال السبكي : والوجهان على الجديد القائل في حالة الإطلاق بالصحة .

انتهى

قال في « الروضة » : وإن قلنا بالجديد . . فوجهان ، والصحيح :
الصحة ، وبه قطع الأكثر^(٢) .

قال الزركشي : وطريقة الخلاف مرجوحة فكان ينبغي التعبير بـ (المذهب) .
ولا فرق في العمرى بين العقار وغيره ؛ لقوله في الحديث : « مَنْ أَعْمَرَ
شَيْئاً »^(٣) .

(١) الحاوي الكبير (٣٠٣/٩) .

(٢) روضة الطالبين (٤٣٣/٤) .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٥٩) عن زيد بن ثابت رضي الله عنه .

وَلَوْ قَالَ : أَرْقَبْتُكُمَا ، أَوْ : جَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبَى ؛ أَيِ : إِنْ مِتَّ قَبْلِي عَادَتْ
إِلَيَّ ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلَكَ اسْتَقَرَّتْ لَكَ . . فَاَلْمَذْهَبُ طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ الْجَدِيدِ
وَالْقَدِيمِ .

فرع : لو قال : جعلتها لك مدة عمري ، أو : عمر زيد . . فالمذهب :
القطع بالبطلان ، وجعله الرافعي أصح الوجهين^(١) .

قوله : (لو قال : أرقبتكها^(٢)) ، أو : جعلتها لك رقبى ؛ أي : إن مت
قبلي . . عادت إلي ، وإن مت قبلك استقرت لك . . فالمذهب : طرد القولين
الجديد والقديم) أي : فعلى الجديد : يصح العقد ويلغو الشرط ؛ لقوله
صلى الله عليه وسلم : « لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا أَوْ أُعْمِرَهُ . .
فَهُوَ^(٣) لَوَرَّثَتْهُ » . رواه أبو داود^(٤) .

وعلى القديم قولان ؛ أحدهما : البطلان ، والثاني : صحته وصحة
الشرط ، فيرقب كل منهما صاحبه ، فيكون لآخرهما موتاً ولورثته إن بقيت
على ملكه ، وهذا أظهر الطريقتين ، والثانية : القطع بالبطلان .

وقوله : (أي : إن مت) يقتضي : أنه لم يصرح بالشرط المذكور ، وفيها
ذكر الماوردي القولين ، وقطع فيما إذا صرح بالبطلان^(٥) ، والرافعي وغيره
صرحوا بإجراء الخلاف في الصورتين^(٦) .

فرع : لو باع على صورة العمرى فقال : ملكتها بعشرة عمرك . . فيه

(١) الشرح الكبير (٣١٢/٦ ، ٣١٤) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع (لو قال : أرقبتك) .

(٣) وفي (ب) : (فهي) .

(٤) سنن أبي داود (٣٥٥٦) عن جابر رضي الله عنه .

(٥) الحاوي الكبير (٣٠٥/٩) .

(٦) الشرح الكبير (٣١٣/٦) .

وَمَا جَازَ بَيْعُهُ.. جَازَ هِبَتُهُ ، وَمَا لَا ؛ كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالٍّ..
فَلَا ، إِلَّا حَبَّتِي حِنْطَةٍ وَنَحْوَهَا .

وجهان ، صحح السبكي : أنه لا يجوز .

قوله : (وما جاز بيعه.. جاز هبته ، وما لا ؛ كمجهول ومغصوب وضال.. فلا) لأن الهبة تملك ناجز ؛ كالبيع .

ويجوز هبة المشاع عندنا من الشريك ومن غيره انقسم أو لم ينقسم .

ويجوز هبة الأرض المزروعة دون الزرع وبالعكس .

وإذا وهب لاثنين فقبل أحدهما في نصفه.. فوجهان ؛ أصحهما عند ابن الصباغ : الصحة .

وامتناع هبة المجهول والضال ؛ كالبيع ، وهبة المغصوب لغير الغاصب إن قدر على انتزاعه جائزة ، وإلا.. فوجهان ، وهبته للغاصب جائزة بلا خلاف كبيعه ، وفي افتقاره إلى الإذن في القبض وجهان .

ولا تصح هبة المرهون ولا الكلب ، ولا ما لم ير على الأصح فيها .

قال السبكي : وحذف التاء من (جاز هبته) لمشاكلة (جاز بيعه) .

قوله : (إلا حبتي حنطة ونحوها) يعني : الذي لا يتمول ؛ لقلته ، وقد منع بيعه ؛ لأن بذل المال في مقابلته سفه ، وهذا التعليل مفقود في الهبة ، والمانع من بيعه ليس في ذاته ؛ كالكلب والمجهول ، وإنما المانع الانفراد^(١) ، فاغتفر في الهبة ؛ إذ لا محذور .

وانفرد المصنف في « المنهاج » بهذا الاستثناء ، ووجهه السبكي بما ذكر

(١) لأنه يباع مع غيره عجلة المحتاج (٩٨٦/٢) .

وَهَبَةُ الدِّينِ لِلْمَدِينِ إِبْرَاءٌ ، وَلِغَيْرِهِ بَاطِلَةٌ فِي الْأَصَحِّ .

وقال : قال الرافعي في (باب اللقطة) : ما يقتضي أنه لا يجوز هبته^(١) ، وقال الزركشي : قال في « الدقائق » : لا يجوز بيعها على الصحيح ويجوز هبتها بلا خلاف^(٢) ، وقال : جزم الرافعي في (باب اللقطة) بعكسه فقال : ما لا يتمول ؛ كحبة حنطة وزبيبة لا تباع ولا توهب ، وقال الإمام : إنها تنقل نقل اختصاص لا تمليك ، ثم قال : والأظهر : الإبطال^(٣) .

نعم ؛ كلام الماوردي في أول « دعاوى » صريح في الجواز^(٤) ، وهو المتجه المعتضد بالدليل ؛ فإنه يجوز الصدقة بتمرة ، وهو نوع من الهبة .

وقال ابن العماد : تطلق الهبة بمعنى التمليك ، فيشترط فيها الإيجاب والقبول وشروط البيع ، وبمعنى الإسقاط ؛ كهبة الدين للمدين فيكون إبراءً ولا يشترط القبول في الأصح ، وبمعنى الصدقة ؛ كالهبة للجهات العامة ، فيصح من غير قبول ؛ كالوقف ، وبمعنى نقل اليد خاصة ؛ كهبة حبتي الحنطة والتمرة والزبيبة وجلد الميتة .

قوله : (وهبة الدين للمدين إبراء) أي : فيسقط عنه ، قال في « الروضة » : ولا يحتاج إلى القبول على المذهب ؛ نظراً إلى المعنى ، وقيل : يحتاج ؛ اعتباراً باللفظ^(٥) .

قوله : (ولغيره باطلة في الأصح) لأنه غير مقدورٍ على تسليمه ؛ لأن ما في الذمة لا يتعين حتى يرد القبض عليه ، والقبض في الهبة إنما يكون على

(١) الشرح الكبير (٣٦٤ / ٦) .

(٢) دقائق المنهاج (ص : ٩٥) .

(٣) نهاية المطلب (٤٨٥ / ٨) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٠٩ / ٢١) .

(٥) روضة الطالبين (٤٣٦ / ٤) .

وَلَا يُمْلِكُ مَوْهُوبٌ إِلَّا بِقَبْضِ بَإِذْنِ الْوَاهِبِ ،

ما ورد عليه العقد ، قال الزركشي : ولم يحك ابن المنذر عن الشافعي غيره .
والثاني : أنها صحيحة ، نص عليه الشافعي وصححه صاحب « البيان »
وابن أبي عصرون ؛ لأن الذمم تجري مجرى الأعيان ، وعلى هذا : هل يفتقر
لزومها إلى قبض الدين ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما عند صاحب « البيان » : عدم
الافتقار كالحالة^(١) .

قال الزركشي : كان ينبغي التعبير بـ (الأظهر) . انتهى ، وعبارة
« الروضة » : لم يصح على المذهب ، وقيل في صحته وجهان^(٢) .

فرع : يشترط في الواهب أهلية التبرع ، فهبة الصبي باطلة صدرت في
الصحة أو في المرض ، وقيل : تصح في مرض الموت ، ويعتبر من الثلث .

ويشترط في الموهوب له أهلية الملك ، فالمكلف يقبل لنفسه وإن كان
سفيهاً ويقبض ، وغير المكلف يقبل له وليه ويقبض عنه إذا كانت الهبة من
غيره ، فإن كان الواهب من يلي أمره غير الأب والجد . . قبل له الحاكم أو
نائبه ، وإن كان أباً أو جدّاً تولى الطرفين ، والمشهور : أنه لا بد من لفظ .

قوله : (ولا يملك موهوب إلا بقبض) لأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول
فافتقر إلى القبض ؛ كالقرض .

وعن القديم : أن الملك يحصل بنفس العقد ، وعنه : أنه موقوف ، فإذا
قبض . . بان أنه ملك من وقت العقد ، وتظهر ثمرة الخلاف في الفوائد
والمؤن .

قوله : (بإذن الواهب) أي : لا يصح القبض إلا بإذن الواهب ، سواء

(١) البيان (١٣٤/٨ - ١٤٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤٣٦/٤) .

فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ الْهَبَةِ وَالْقَبْضِ . . قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، وَقِيلَ : يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ .

أكان في يد المتهب أم لا ، أقبضه إياه بنفسه أو بوكيله ؛ لأنه سبب ينتقل به الملك ، فلا يجوز من غير رضا المالك .

وفي قول : لا يشترط إذنه إذا كان في يد المتهب ، فلو قبض من غير إذن . . لم يملكه ويدخل في ضمانه .

ولا يشترط وجود القبض على الفور ، ولا فرق بين أن يقبض في مجلس العقد أو بعده .

ولو أذن في القبض ، ثم رجع قبله . . لم يصح القبض ، وكذا لو أذن ثم مات الأذن أو المأذون له قبل القبض . . بطل الإذن .

قوله : (فلو مات أحدهما بين الهبة والقبض . . قام وارثه مقامه) أي : ولا ينفسخ على الأصح ؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت ؛ كالبيع المشروط فيه الخيار ، فإن مات الواهب . . تخير الوارث في الإقباض ، وإن مات المتهب . . قبض وارثه إن أقبضه الواهب .

قوله : (وقيل : ينفسخ العقد) لأنها جائزة قبل القبض ؛ كالشركة ، ويجريان فيما إذا جن أحدهما أو أغمي عليه .

قال الزركشي : الصحيح : أن الخلاف قولان ، كذا نقله ابن كج والدارمي والرويان وغيرهم ، والبطلان منصوص في « الأم »^(١) ، وجعل الإمام والغزالي الخلاف فيما إذا قلنا : يحصل الملك بنفس العقد إذا وجد القبض^(٢) ، أما إذا قلنا : لا يحصل إلا عقب القبض . . بطل قطعاً .

(١) الأم (٢٢٧/٥) .

(٢) نهاية المطلب (٨/٤١٠) ، الوسيط (٢/٤١١) .

وَيُسَنُّ لِلْوَالِدِ الْعَدْلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ ؛ بَأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ،
وَقِيلَ : كَقِسْمَةِ الْإِرْثِ .

وَلِلْأَبِ الرُّجُوعُ فِي هِبَةٍ وَلَدِهِ ،

قوله : (ويسن للوالد العدل في عطية أولاده) لقوله صلى الله عليه وسلم
لبشير : « اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . متفق عليه^(١) .

وعدم العدل مكروه ، والأولى أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل ، ولو
رجع .. فلا بأس ، قاله السبكي ، وعبارة « الروضة » : جاز^(٢) ، وقال
الزركشي : وإلا .. استحبه له الرجوع .

واحتج الإمام أحمد رحمه الله تعالى لوجوب العدل بين الأولاد بقوله
صلى الله عليه وسلم لبشير : « فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرِ »^(٣) .

واحتج الشافعي رضي الله عنه بقوله صلى الله عليه وسلم : « فَأَشْهَدُ عَلَى
هَذَا غَيْرِي »^(٤) .

وكما يسن العدل للوالد يسن للوالدة والجدة ، وكذا الولد إذا وهب
لوالديه .

قوله : (بأن يسوي بين الذكر والأنثى) لإطلاق الحديث (وقيل : كقسمة
الإرث) اعتباراً بالميراث .

قوله : (وللأب الرجوع في هبة ولده) لقوله صلى الله عليه وسلم :

(١) صحيح البخاري (٢٥٨٧) ، صحيح مسلم (١٦٢٣) عن النعمان بن بشير رضي الله
عنهما .

(٢) روضة الطالبين (٤ / ٤٣٩) .

(٣) مسند أحمد (١٨٦٦٠) عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما .

(٤) أخرجه مسلم (١٦٢٣) عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما ، والبيهقي في « معرفة السنن
والآثار » (٣٨٠٣) .

وَكَذَا لِسَائِرِ الْأُصُولِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَشَرَطُ رُجُوعِهِ : بَقَاءُ الْمَوْهُوبِ فِي سُلْطَنَةِ الْمُتَّهَبِ ؛ فَيَمْتَنِعُ

« لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » . رواه الأربعة بسند صحيح^(١) ، ولا فرق بين حالة التخصيص وغيرها ، وإن كان الرجوع في حالة التخصيص مستحباً وفي غيرها مكروهاً إلا لسبب ؛ بأن يكون عاقاً ، أو يستعين به على معصية .

والهدية في الرجوع كالهبة ، وكذا الصدقة على المنصوص .

قوله : (وكذا لسائر الأصول) أي : من الجهتين (على المشهور) لأنهم كالأب في حصول العتق ، ووجوب النفقة ، وسقوط القصاص .

والثاني : المنع ؛ لأن الحديث في الأب ، وقيل : يختص بالأب والأم .

وأما غير الأصول ؛ كالأخ والعم وسائر الأقارب . . فلا رجوع لهم ؛ كما لا رجوع للأجانب ؛ للحديث .

ولا فرق في حق الرجوع بين أن يكون الولد والوالد^(٢) متفقين في الدين أو مختلفين .

تنبيه : قال الزركشي : محل الرجوع : إذا وهبه مجاناً ، فإن شرط الثواب وأثابه الولد . . لم يرجع على الصحيح ، ولو وهب مطلقاً فأثابه^(٣) الابن . . قال القاضي في « تعليقه » : ينبغي ألا يمتنع الرجوع .

قوله : (وشرط رجوعه : بقاء الموهوب في سلطنة المتَّهَبِ ؛ فيمتنع

(١) سنن أبي داود (٣٥٣٩) ، سنن الترمذي (١٣٤٤) ، سنن النسائي (٣٧٠٣) ، سنن ابن ماجه (٢٣٧٧) عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم .

(٢) وفي (ب) : (الوالد والولد) .

(٣) وفي (أ) : (وأثابه) .

بَيْعِهِ وَوَقْفِهِ ،

بيعه ووقفه) أي : بلا خلاف ؛ كما قاله المتولي ؛ صيانة لملك الغير ، سواء باعه من أجنبي أو قريب لا يثبت الرجوع في حقه للواهب .

ومقتضى إطلاقه : الامتناع بالبيع ولو كان الخيار للولد .

وهذا في بيع الجميع ، فلو باع بعضه . . فله الرجوع فيما لم يبيع ، قاله صاحب « التقريب » حكاه الزركشي .

ومثله هبته المقبوضة وإعتاقه ، وتلفه واستيلاده ، وكذا رهنه المقبوض في الأصح ؛ لأن الشارع إنما أثبت الرجوع في العين وقد تعذر ولا يستحق عنها بدلاً ؛ لأنها لم تكن بعوض ولا تسلط له على بعض التصرفات ؛ لأنه لا حق له سابق على المتهب .

ولو أفلس الموهوب له وحجر عليه . . فالأصح : امتناع الرجوع .

ويفهم من قول الكتاب : (بقاء الموهوب في سلطنة المتهب) أي : ما دام باقياً في ولايته .

واختار السبكي : بقاء الرجوع .

ولو حجر عليه بالسفه . . ثبت الرجوع قطعاً ، ولو جنى الموهوب وتعلق الأرش برقبته . . فهو كالمرهون في امتناع الرجوع ، لكن لو قال : أفديه وأرجع فيه . . مُكِّن^(١) منه ، بخلاف ما لو كان مرهوناً وأراد أن يبذل قيمته ويرجع ؛ لما فيه من إبطال تصرف المتهب ، كذا قاله الرافعي تبعاً للقاضي أبي الطيب وابن الصباغ^(٢) .

وقال القاضي حسين : للأب الرجوع في الجاني ، ولا يكون بذلك مختاراً

(١) وفي (أ) : (أفديه وأرجع . . فيمكن) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٣٢٥) .

لَا بَرَهْنَهُ وَهَبْتَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَلَا تَعْلِيْقَ عِتْقِهِ وَتَزْوِيْجَهَا وَزَرَاعَتَهَا ، وَكَذَا
الْإِجَارَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ .

وَلَوْ زَالَ مِلْكُهُ وَعَادَ . . لَمْ يَرْجَعْ فِي الْأَصَحِّ ،

للفداء ، بل هو بالخيار ، إن شاء . . فداه ، وإن شاء . . سلمه لبيع في
الجنابة ، واختاره السبكي .

قوله : (لا برهنه وهبته قبل القبض ، وتعليق عتقه وتزويجها وزراعتها)
يعني : إذا رهن ولم يقبض ، أو وهب ولم يقبض ، أو علق عتق العبد على
شرط ولم يحصل الشرط ، أو زوج الجارية ، أو زرع الأرض . . كل ذلك
لا يمنع الرجوع ؛ لبقاء السلطنة ، وكذا التدبير والوصية ، فافهم أنه إذا حصل
القبض في الرهن والهبة . . امتنع الرجوع ، وهو في الهبة قطعاً ، وفي الرهن
على الأصح ، وقيل : موقوف ، فإن انفك الرهن . . بان صحته .

قوله : (وكذا الإجارة على المذهب) أي : لا يمتنع الرجوع بها ويبقى ؛
كالتزويج .

وقوله : (المذهب) مقابله : تردد للإمام^(١) .

قوله : (ولو زال ملكه وعاد . . لم يرجع في الأصح) أي : سواء عاد بإرث
أو شراء أو اتها ب ؛ كما فرضه القاضي أبو الطيب ؛ لأن هذا الملك غير مستفاد
منه حتى يزيله ويرجع فيه .

والثاني : يرجع ؛ لأنه وجد عين ماله عند من له الرجوع فيما وهب له .
وجعل ابن الرفعة من محل الخلاف : ما لو باع الابن ثم تقايل هو
والمشتري ، قال السبكي : وقد يتوقف فيه ؛ لأن الإقالة فسخ على الصحيح ،

(١) نهاية المطلب (٨ / ٤٣٠) .

وَلَوْ زَادَ . . رَجَعَ فِيهِ بِزِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةِ لَا الْمُفْصَلَةِ .

وَيَحْصُلُ الرَّجُوعُ بـ : رَجَعْتُ فِيمَا وَهَبْتُ ، أَوْ : اسْتَرْجَعْتُهُ ،

وينبغي أن يكون في عوده بالإقالة والرد بالعيب خلاف مرتب على الخلاف في عوده بغيرهما ، وأولى بإثبات الرجوع ، وهل يستمر تصحيح المنع من الرجوع ، أو يكون الأصح فيهما الرجوع ؟ الأفقه : الثاني .

قوله : (ولو زاد . . رجع فيه بزيادته المتصلة) أي : كالسمن ، وتعلم الحرفة وحرث الأرض أو تسويتها ؛ كما في الرد بالعيب .

وقيل : إن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة ؛ كما في الصداق ، وذكر ابن الرفعة من نص الشافعي ما يشهد له .

قوله : (لا المنفصلة) يعني : وإن كانت منفصلة ؛ كالولد والكسب رجع في الأصل وبقيت الزيادة للولد .

ولو نقص الموهوب . . رجع فيه الأب ناقصاً وليس على الابن أرش النقصان ، ولو وطئ الابن الموهوبة . . فالصحيح : ثبوت الرجوع .

فرع : إذا وهب جاريةً أو بهيمةً حاملاً ، ورجع قبل الوضع . . رجع فيها حاملاً ، وإن رجع بعده وقلنا : الحمل يعرف . . رجع في الأم والولد ، وإلا . . ففي الأم فقط .

ولو وهبها غير حامل ثم رجع وهي حامل ؛ فإن قلنا : الحمل لا يعرف . . رجع فيها حاملاً ، وإن قلنا : يعرف . . لم يرجع إلا في الأم ، ويرجع في الحال على الأصح في « تعليق » القاضي حسين - وبه جزم ابن الصباغ - والثمرة إذا كانت غير مؤبرة عند الهبة ، ومؤبرة عند الرجوع كالحمل بعد الانفصال ، وقيل : يسلم للمتهب قطعاً .

قوله : (ويحصل الرجوع بـ : رجعت فيما وهبت ، أو : استرجعته ،

أَوْ : رَدَدَتْهُ إِلَى مِلْكِي ، أَوْ : نَقَضْتُ الْهَبَةَ ، لَا بَيْعِهِ وَوَقْفِهِ وَهَبَتِهِ وَإِعْتَاقِهِ
وَوَطْنِهَا فِي الْأَصَحِّ

أَوْ : رددته إلى ملكي ، أَوْ : نقضت الهبة (لأن ذلك كله يفيد المقصود ،
وفي : نقضت وأبطلت وفسخت . . وجهان ؛ أصحهما : أنها صرائح .

قوله : (لا بيعه ووقفه وهبته وإعتاقه ووطئها في الأصح) يعني : إذا لم
يرجع باللفظ ولكن أتى بهذه الأشياء . . فالأصح : أنه ليس برجوع ؛ لأن ملك
الابن أقوى بدليل نفوذ تصرفاته فيه ، فيلغو تصرف الأب ؛ كما أنه لو ثبت
للبيع الفسخ بعيب الثمن فتصرف في المبيع . . لم يحصل الفسخ ، ويخالف
المبيع في زمن الخيار ، فإن الملك فيه ضعيف .

والثاني : أنه رجوع ؛ كما أن هذه التصرفات في زمن الخيار فسخ للبيع .
والخلاف في الهبة المقبوضة ، أما قبل القبض . . فلا يكون رجوعاً قطعاً ،
قال الزركشي : أشار إليه صاحب « الكافي » .

قال المصنف : ولا خلاف أن الوطأ حرام على الأب وإن قصد به الرجوع ،
لكن إذا جرى هل يتضمن الرجوع ؟ فيه الخلاف^(١) .

قال السبكي : لا شك في التحريم بالنسبة إلى الإقدام على الوطء والإيلاج
قبل تمام الحشفة ، أما عند تمام الحشفة والقول بحصول الرجوع به . . فيحصل
الملك معه ؛ بناء على أن العلة مع المعلول ، وقضية ذلك : ألا يكون حراماً ،
ولا يجب به مهر وإن كانت مكرهة .

فرع : الرجوع في الهبة حيث يثبت لا يفتقر إلى قضاء القاضي ، وإذا رجع
ولم يسترد المال . . فهو أمانة في يد الولد ، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٤٤ - ٤٤٥) .

وَلَا رُجُوعَ لِغَيْرِ الْأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ الثَّوَابِ .
وَمَتَى وَهَبَ مُطْلَقًا . . فَلَا ثَوَابَ إِنَّ وَهَبَ لِدُونِهِ ، وَكَذَا لِأَعْلَى مِنْهُ فِي
الْأَظْهَرِ ، وَلِنَظِيرِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

فسخ البيع ؛ لأن المشتري أخذه على حكم الضمان .
قوله : (ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقيدة بنفي الثواب) أشار إلى أن
الهبة تنقسم إلى مقيدة بنفي الثواب ، وإلى مقيدة بإثباته ، وإلى مطلقة .
فالأولى : صحيحة على الصحيح ، ويلزم بالقبض ، ولا رجوع فيها لغير
الأصول .

وقيل : لا يصح إذا أوجبنا الثواب بمطلقها ؛ لأنه شرط يخالف مقتضاها .
وأشار إلى المطلقة بقوله : (ومتى وهب مطلقاً) أي : لم يقيد بثواب
ولا بنفيه (. . فلا ثواب إن وهب لدونه) أي : في الرتبة ؛ كهبة السلطان
للرعية ، والأستاذ لغلامه ، والغني للفقير ؛ لأنه لا يقتضيه اللفظ ولا العادة ،
فإذا قبلها الموهوب له وقبضها . . ملكها ملكاً مستقراً ؛ كالذي ملكه بشراء أو
ميراث .

وهبة الأهل والأقارب لا ثواب فيها ؛ لأن القصد الصلة .
قوله : (وكذا لأعلى منه في الأظهر) لأنه لو أعاره داره . . لم يلزم
المستعير شيء ، فكذا إذا وهب ؛ إلحاقاً للأعيان بالمنافع .
والثاني : يلزم الثواب ؛ لا طراد العادة به .

قوله : (ولنظيره على المذهب) لأن القصد من مثله الصلة وتأكيد
الصدقة ، وقد حصل هذا الغرض ، فأشبه الصدقة لما كان الغرض منها ثواب
الآخرة . . لم يقتض ثواباً في الحال .

فَإِنْ وَجَبَ . . فَهُوَ قِيَمَةُ الْمُوهُوبِ فِي الْأَصَحِّ ،

والثانية : التخريج على القولين ، وقيل : إن نوى الثواب . . استحققه ، وإلا . . فقولان ، حكاهما السبكي .

وقال الزركشي : قيل : الخلاف إذا نوى الثواب ، فإن لم ينو . . لم يستحق قطعاً ، حكاها في « البحر » ، قال ابن الرفعة : والأظهر : طرد القولين وإن لم ينو ، ولهذا أطلق المصنف^(١) .

وإن اختلفا في النية . . فأيهما يقبل قوله ؟ فيه وجهان .

وحكم الهدية في الثواب حكم الهبة .

قوله : (فإن وجب . . فهو قيمة الموهوب في الأصح) أي : إذا قلنا : يجب الثواب . . فالأصح : أنه قدر قيمة الموهوب ؛ كما عبر به في « المحرر »^(٢) ؛ لأنه عقد يقتضي العوض ، ولا يشترط فيه التعيين والتسمية وإذا لم يُسمَّ شيء . . وجب عوض المثل ؛ كالنكاح .

وتعبير الكتاب يوههم : وجوب القيمة نفسها ، وليس كذلك .

وقيل : ما يرضى به الواهب ، وإن لم يرض . . فله رد الموهوب .

وقيل : ما يعد ثواباً لمثله في العادة .

وقيل : يكفي أقل ما يتمول .

وإذا قلنا باعتبار قدر القيمة فاختلفت . . فالأصح : اعتبار قيمة يوم

القبض .

(١) أي : في المتن آنفاً .

(٢) المحرر (٨١٢ / ٢) .

فَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ . . فَلَهُ الرُّجُوعُ .

وَلَوْ وَهَبَ بِشَرْطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ . . فَلَاظْهَرُ : صِحَّةُ الْعَقْدِ ،

قوله : (فإن لم يثبت^(١) . . فله الرجوع) يعني : إذا أوجبنا الثواب ، فليس معناه : تحتمه وإلزام المتهب به ، بل هو إلى خيرته ؛ إن شاء . . أثاب واستقر ملكه ، وإن شاء . . رده إذا طلب الواهب الثواب ، وكذا للواهب الرجوع في الموهوب إذا امتنع الموهوب له من الإثابة .

قال الزركشي : وهذا إذا لم يتمانعا ، فإن تمانعا . . أجبر الموهوب له على رد الهبة ، حكاه عن « التقريب » ، وقال : إن أثابه أجنبي عن الموهوب له . . يكفي ؛ كما لو قضى عنه ديناً .

وإذا رجع الواهب عند عدم الإثابة وكان الموهوب قد زاد زيادةً منفصلة . . رجع فيه دونها ؛ لأنه كان ملك المتهب ، ويرجع فيه مع المتصلة على الصحيح .

وإن كان تالفاً . . فالأصح : يرجع بقيمته ، والثاني : لا شيء له .

وإن نقص رجع فيه ، وفي الأرض وجهان .

وقال الماوردي : محل الخلاف في القيمة والأرض إذا كان التلف والتعيب بغير فعله ، أما إذا تعيب بفعله . . فعليه الأرض قولاً واحداً^(٢) .

قوله : (ولو وهب بشرط ثواب معلوم . . فلاظهر : صحة العقد) لأنه معاوضة بمال ؛ كالبيع .

(١) قول المتن : (لم يثبت) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (لم يثبه) .

(٢) الحاوي الكبير (٣١٢ / ٩) . .

وَيَكُونُ بَيْعاً عَلَى الصَّحِيحِ ، أَوْ مَجْهُولٍ . . فَاَلْمَذْهَبُ : بَطْلَانُهُ .

والثاني : أنه باطل ؛ لأن لفظ الهبة يقتضي التبرع ، فالجمع بينه وبين شرط العوض متناقض .

قوله : (ويكون بيعاً على الصحيح) أي : إذا قلنا : يصح . . فالأصح : أنه بيع ؛ نظراً إلى المعنى ، وقيل : هبة ؛ نظراً إلى اللفظ ، وعلى الأول : يثبت فيه أحكام البيع من الخيارين والرد بالعيب ، والشفعة .

وخرج على الوجهين : ما إذا وهب الأمة لابنه بثواب معلوم ؛ فإن جعلنا العقد بيعاً . . فلا رجوع ، وإلا . . فله الرجوع^(١) .

ولا بد أن يكون الثواب معلوماً حين العقد ، فإن كان من الجنس . . فلا بد من المماثلة حينئذ ، ومتى تفرقا من غير قبض . . بطل بنفس التفرق .

فروع : إذا وجد بالثواب عيباً وهو في الذمة . . طالب بالسليم ، وإن كان معيناً . . رجع إلى عين الموهوب إن كان باقياً ، وإلا . . طالب بقيمته .

وإذا قال : وهبتك ببدل ، فقال : بلا بدل ، وقلنا : مطلق الهبة لا يقتضي ثواباً . . فالأصح من « زوائده » : تصديق الموهوب له^(٢) .

قوله : (أو مجهول . . فالمذهب : بطلانه) الأكثرون قالوا : إن قلنا : الهبة لا تقتضي الثواب . . بطلت بشرط الثواب المجهول ؛ لتعذر تصحيحه بيعاً وهبةً ، وإن قلنا : تقتضيه . . صحت ؛ لأنه تصريح بمقتضى العقد ، وقطع به الجمهور .

(١) قوله : (وخرج على . . .) إلى (. . فله الرجوع) غير موجود في (أ) ، وزيد في (ب) تصحيحاً ، وقوله : (وهب الأمة لابنه) كذا في (ب) ، وعبارة « روضة الطالبين » (٤٤٧/٤) : (وهب الأب لابنه) .

(٢) روضة الطالبين (٤٤٩/٤) .

وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ ؛ فَإِنْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِرَدِّهِ ؛ كَقَوْصَرَةٍ تَمْرٍ .
فَهُوَ هَدِيَّةٌ أَيْضاً ، وَإِلَّا . . . فَلَا ، وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُهُ إِلَّا فِي أَكْلِ الْهَدِيَّةِ مِنْهُ إِنْ
اِقْتَضَتْهُ الْعَادَةُ .

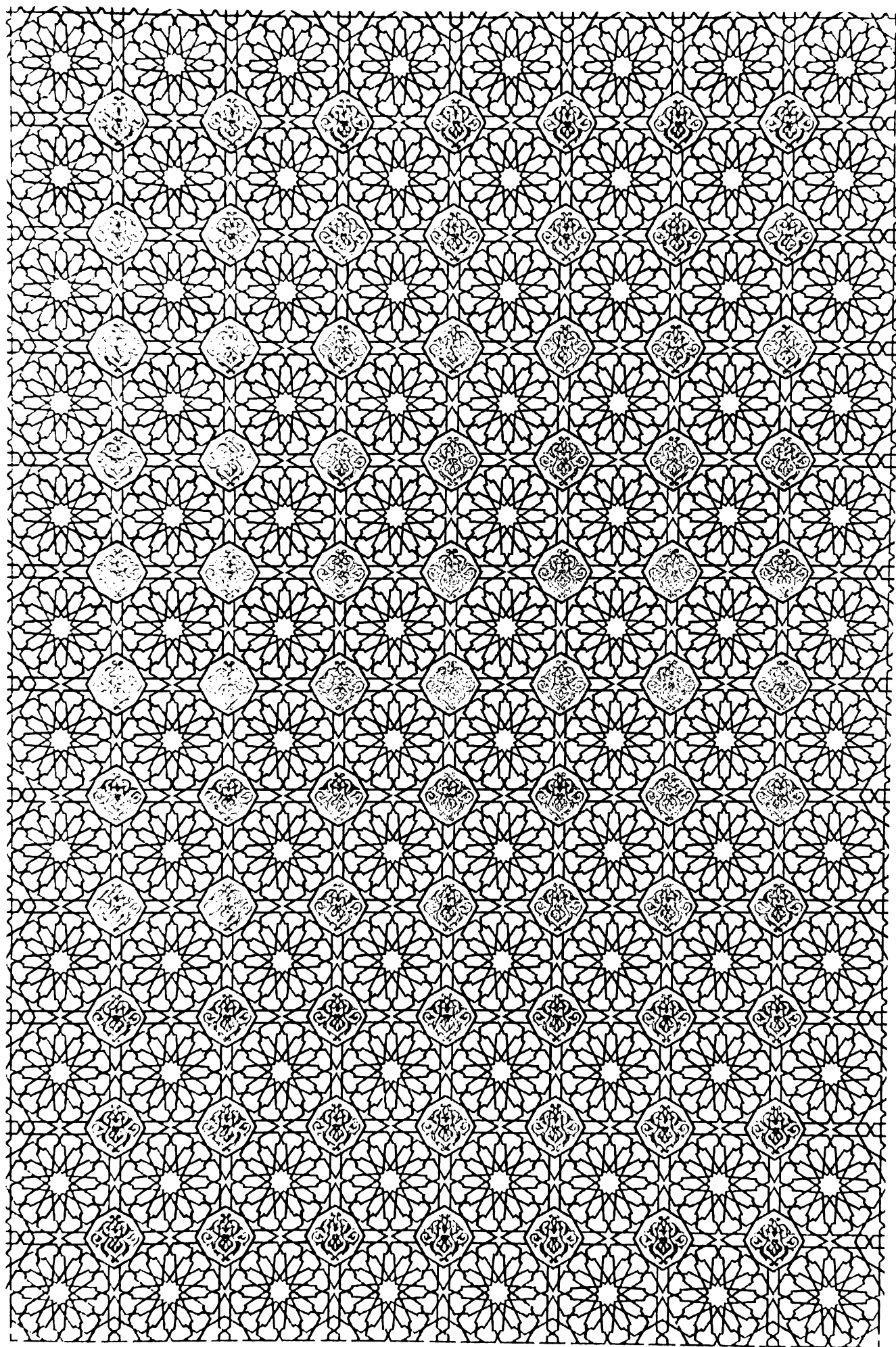
وقيل : يبطل ؛ بناءً على أن ذكر العوض يلحق العقد بالبيع ، وإذا كان
بيعاً . . . يجب أن يكون العوض معلوماً .

قوله : (ولو بعث هدية في ظرفٍ ؛ فإن لم تجر العادة برده ؛ كقوصرة
تمر . . . فهو هدية أيضاً ، وإلا . . . فلا ، ويحرم استعماله إلا في أكل الهدية منه
إن اقتضته العادة) لأن المرجع في ذلك إلى العرف .

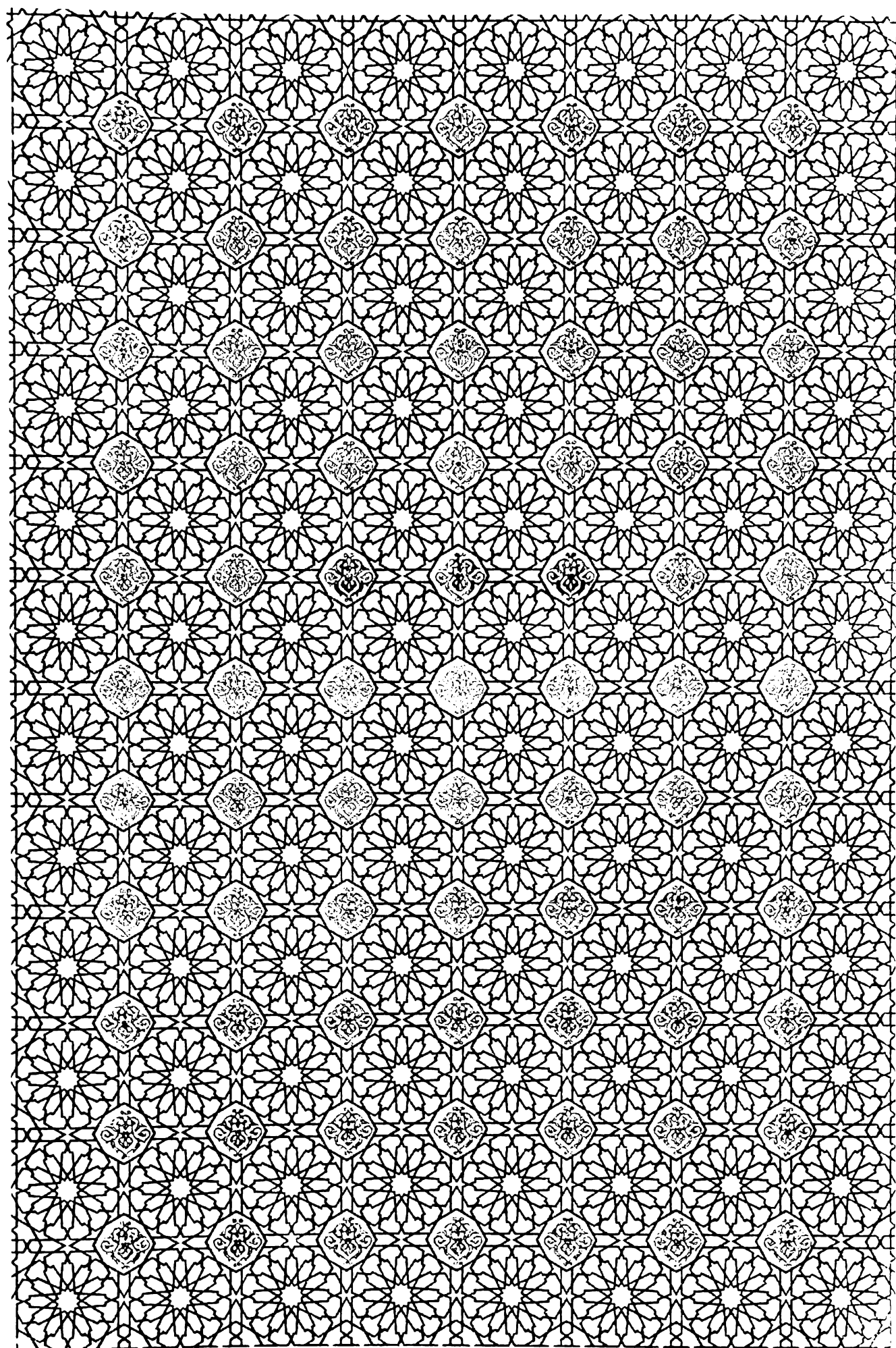
وإذا قلنا : لا يكون هدية ؛ فإن لم يستعمله . . . كان أمانةً في يده ؛
كالوديعة وإن استعمله في الأكل منه على العادة . . . قال البغوي : يكون عاريةً .
وَالْقَوْصَرَةُ بتشديد الراء : الوعاء الذي يكتز فيه التمر من البواري^(١) .
وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وأصحابه وسلم .

* * *

(١) وفي « تاج العروس » (٢٣٨/١٣) : (وعاء للتمر من قصب ، وقيل : من البواري) ،
(والبواري) جمع (بارية) منسوج من القصب ؛ كالحصر . راجع « المهمات »
(٢٦٣/٦) .



كتاب اللقطة



كِتَابُ اللَّقْطَةِ

يُسْتَحَبُّ الِاتِّقَاطُ لِوَاثِقٍ بِأَمَانَةٍ نَفْسِهِ ، وَقِيلَ : يَجِبُ ،

(كتاب اللقطة)

هي بفتح القاف على المشهور ، والإسكان هو القياس : الشيء الذي يوجد ضائعاً فيؤخذ .

روى الأئمة الستة عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ، سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال : « إِعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثُمَّ عَرَّفْهَا سَنَةً »^(١) .

والعِفاص بكسر العين : ما يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة ، وبه سمي ما يجعل على رأس القارورة عفاصاً .

والوكاء بكسر الواو : ما يشد به الصرة ونحوها ، ممدود .

قوله : (يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه) وهذا ظاهر نص « المختصر »^(٢) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ »^(٣) .

قوله : (وقيل : يجب) أي : على الواثق بأمانته ؛ لأن حرمة مال المسلم

(١) صحيح البخاري (٢٤٢٩) ، صحيح مسلم (١٧٢٢) ، سنن أبي داود (١٧٠٤) ، سنن الترمذي (١٤٢٧) ، السنن الكبرى (٥٩٩١) ، سنن ابن ماجه (٢٥٠٧) ، عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٢) مختصر المزني (ص : ١٩٣) .

(٣) أخرجه مسلم (٢٦٩٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَا يُسْتَحَبُّ لِغَيْرِ وَائِقٍ ، وَيَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ ، وَيُكْرَهُ لِفَاسِقٍ .
وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْإِلْتِقَاطِ ،

كحرمة دمه ، وهو المنصوص في « الأم »^(١) .

وعبارة « الروضة » : في وجوب الالتقاط أربعة طرق ؛ أصحها : على قولين ؛ أظهرهما : لا يجب ؛ كالأستيداع ، والثاني : يجب .
والطريق الثاني : إن كانت في موضع يغلب على الظن ضياعها . وجب ، وإلا . فلا ، واختارها السبكي .

والثالث : إن كان لا يثق بنفسه . لم يجب قطعاً ، وإلا . فالقولان .
والرابع : لا يجب مطلقاً^(٢) .

واستبعد السبكي ثبوته ، وقد تبين عدم وفاء المصنف باصطلاحه .
قوله : (ولا يستحب لغير وائِقٍ ، ويجوز في الأصح) يعني : إذا لم يكن فاسقاً ، بل كان أميناً في الحال ، ولكن لا يثق بنفسه باستمرار أمانته .
لا يستحب له الالتقاط ؛ لما يخاف من الخيانة ، لكن يجوز في الأصح .
وسواء قلنا بالوجوب أو عدمه . لا يضمن اللقطة بالترك ؛ لأنها لم تحصل في يده ، بل يَأْتَمُ .

قوله : (ويكره لفاسق) أي : الالتقاط كراهة تنزيه ؛ لأنه ربما تدعوه نفسه إلى كتمانها .

قوله : (والمذهب : أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط) لأن النبي

(١) الأم (١٣٦/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٤٥٢/٤ - ٤٥٣) .

وَأَنَّهُ يَصِحُّ التَّقَاطُ الْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالذَّمِّيِّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ .

صلى الله عليه وسلم لم يأمر به في حديث زيد ولا أبي^(١) .

ومقتضى عبارته : ترجيح طريقة القطع ، والمرجح في « الروضة » :
طريقة الخلاف فقال : وجهان ، ويقال : قولان ؛ أصحهما : لا يجب ؛ لكن
يستحب^(٢) .

والثاني : يجب ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ التَّقَطَّ لُقْطَةً . . فَلْيُشْهَدْ
عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ ، أَوْ ذَوِي عَدْلٍ » . رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن
حبان ، وزاد : « ثُمَّ لَا يَكْتُمُ وَلَا يُغَيِّبُ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ،
وَالْأَوَّلُ . . فَهُوَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ »^(٣) .

قال الرافعي : وربما احتج به للاستحباب من حيث إنه لو كان واجباً . . لما
خبر بين الواحد والاثنين وهل يشهد على أصلها دون صفاتها أو على الصفات ؟
وجهان ، وتوسط الإمام بأنه يذكر بعض الأوصاف ولا يستوعبها ، وصححه
في « الروضة »^(٤) .

قوله : (وأنه يصح التقاط الفاسق والصبي والذمي في دار الإسلام) قطع
الأكثرين بصحة التقاط الفاسق والصبي ، وقطع به المراوغة في الذمي ، ورجح
فيه في « الروضة » : طريقة الوجهين^(٥) ، وقيده بعضهم بالعدل في دينه .

(١) حديث زيد سبق تخريجه آنفاً ، وحديث أبي بن كعب رضي الله عنه أخرجه البخاري
(٢٤٢٦) ، ومسلم (١٧٢٣) .

(٢) روضة الطالبين (٤٥٣ / ٤) .

(٣) سنن أبي داود (١٧٠٩) ، السنن الكبرى للنسائي (٥٩٨٨) ، سنن ابن ماجه (٢٥٠٥) ،
صحيح ابن حبان (٤٨٩٤) .

(٤) الشرح الكبير (٣٣٩ / ٦ - ٣٤٠) ، نهاية المطلب (٤٩١ / ٨) ، روضة الطالبين (٤٥٣ / ٤) .

(٥) روضة الطالبين (٤٥٤ / ٤) .

ثُمَّ الْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنَ الْفَاسِقِ ، وَيُوضَعُ عِنْدَ عَدْلٍ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَدُّ بِتَعْرِيفِهِ ، بَلْ يُضْمُّ إِلَيْهِ رَقِيبٌ .

وَيُنْزَعُ الْوَلِيُّ لِقِطَةِ الصَّبِيِّ وَيُعَرَّفُ ، وَيَتَمَلَّكُهَا لِلصَّبِيِّ إِنْ رَأَى ذَلِكَ حَيْثُ يَجُوزُ الْاِقْتِرَاضُ لَهُ ،

وقيل : لا يصح التقاطهم ؛ لما فيه من معنى الأمانة والولاية .

قوله : (ثم الأظهر : أنه ينزع من الفاسق ، ويوضع عند عدل) لأن مال أولاده لا يقر في يده على الأصح ، فكيف يُقَرَّرُ مال الأجانب ؟!

والثاني : لا ينزع منه ؛ لأن له حق التملك ، ولكن يضم إليه عدل يشرف عليه على الأصح .

قوله : (وأنه لا يعتمد بتعريفه ، بل يضم إليه رقيب) أي : سواء قلنا : ينزع من يده ، أو لا ؛ لأنه ربما يخون فيه .

والثاني : يكتفى بتعريفه .

وعلى القولين : إذا تم التعريف . . فله التملك ، ويشهد عليه الحاكم بغرمها لصاحبها .

قوله : (وينزع الولي لقطة الصبي) أي : ومن في معناه (ويعرف ويتملكها للصبي إن رأى ذلك حيث يجوز الاقتراض له) يعني : إذا علم الولي بالتقاط الصبي . . وجب أن ينتزعها من يده ويعرفها ، فإن احتاج إلى مؤنة . . رفع الأمر إلى الحاكم ؛ لبيع جزءاً من اللقطة لمؤنة التعريف ، ثم إن رأى المصلحة للصبي في التملك . . جاز حيث يجوز الاستقراض عليه ؛ لأن تملك اللقطة كالاستقراض ، وإذا لم ير مصلحةً فيه . . حفظها أمانة أو سلمها إلى القاضي .

وَيُضْمَنُ الْوَلِيُّ إِنْ قَصَرَ فِي انْتِزَاعِهِ حَتَّى تَلَفَ فِي يَدِ الصَّبِيِّ .

وَالْأَظْهَرُ : بَطْلَانُ التَّقَاطِ الْعَبْدِ ،

قوله : (ويضمن الولي إن قصر في انتزاعه حتى تلف في يد الصبي) وكذا إذا أتلّفها الصبي ؛ لأن عليه حفظ الصبي عن مثله ، فإذا لم يعلم الولي بالتقاطه ، وأتلّفها الصبي .. ضمن الصبي ، وإن تلفت في يده .. فالأصح : لا ضمان .

فرع : سكت عما يلتقطه الذمي ، فعلى منعه من الالتقاط .. يأخذه الإمام ويحفظه إلى ظهور مالكة ، وعلى الجواز .. قال البغوي : هو كالتقاط الفاسق^(١) . وأبهم المصنف الفاعل في الفاسق ، ومراده : الحاكم .

فرع : حكم المجنون فيما ذكرنا .. حكم الصبي ، نص عليه في « المختصر »^(٢) ، وجرى عليه العراقيون وغيرهم ، وكذلك السفه لکن يصح تعريفه دونهما ، ويتملك بإذن الولي ؛ كما يقبل الهدية والوصية .

قوله : (والأظهر : بطلان التقاط العبد) لأن اللقطة أمانة ، وولاية في الابتداء ، وتملك في الانتهاء ، والعبد ليس أهلاً لذلك .

والثاني : أنه يصح ؛ لأن يده يد سيده فكأن السيد هو الملتقط ، وعلى هذا يصح تعريفه ، وليس له بعد التعريف أن يملكه لنفسه ، وله التملك للسيد بإذنه ، ولا يجوز بغير إذنه على المذهب .

وأفهم إطلاق المصنف جريان القولين ، سواء نوى نفسه أو سيده ، وهي طريقة تخرج من اختلاف الأصحاب في محل القولين .

(١) التهذيب (٥٦٥/٤) .

(٢) مختصر المزني (ص : ١٩٣) .

وَلَا يُعْتَدُ بِتَعْرِيفِهِ ، فَلَوْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ . . كَانَ التَّقَاطُ .

وأفهم أيضاً جريانهما إذا لم يأذن السيد في الالتقاط ولا نهى عنه ، أو أذن أو نهى ، وفيما إذا انفرد الإذن أو النهي طريقان ، مال الإمام في الإذن إلى القطع بالصحة^(١) ، ومال الإصطخري في النهي إلى القطع بالمنع ، وقواه المصنف ، قال : ولكن سائر الأصحاب على طرد القولين^(٢) .

وقال السبكي : يستثنى من إطلاقه ما إذا التقط العبد بإذن سيده ونواه . . فإنه يصح إما قطعاً ، وإما على الأصح .

وحكم المدبر وأم الولد في ذلك . . حكم القن .

قوله : (ولا يعتد بتعريفه) أي : إن قلنا : لا يصح التقاطه ، فإن لم يعلم به السيد . . فهو مضمون في يد العبد ، والأشبه في « الشرح الصغير » : أن الضمان يتعلق برقبته أتلفه ، أو تلف بتفريط أو بغير تفريط ؛ كالمغصوب ، وقيل : بذمته .

قوله : (فلو أخذه سيده منه . . كان التقاطاً) اعلم : أنه إذا علم السيد بالتقاطه وأخذه منه . . كان أخذه التقاطاً ، ويسقط الضمان عن العبد ؛ لو صوله إلى نائب المالك ، فإن كلَّ أهلٍ للالتقاط كأنه نائب عنه .

وقيل : لا يكون التقاطاً ، فإن أقره في يده واستحفظه عليه ليعرفه . . جاز إن كان أميناً ، وإن لم يكن أميناً . . فالسيد متعد .

فإن أهمله وأعرض عنه . . فالأظهر : تعلقه بالعبد وبسائر أموال السيد حتى لو هلك العبد . . لا يسقط الضمان ، ولو أفلس السيد . . قدم صاحب اللقطة في العبد على سائر الغرماء .

(١) نهاية المطلب (٤٦٣ / ٨) .

(٢) روضة الطالبين (٤٥٩ / ٤) .

قُلْتُ : الْمَذْهَبُ : صِحَّةُ التَّقَاطِ الْمُكَاتَبِ كِتَابَةً صَحِيحَةً وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ،

فرع : إذا التقط العبد ثم أعتقه السيد . فجواب المعظم تفريعاً على الأظهر : أنه ليس للسيد أخذها ؛ لأن حقه لم يتعلق بها ؛ لتعدي العبد ، وقد زالت ولايته بالعتق ، وعلى هذا الأصح : أن العبد يملكها ويجعل كأنه التقط بعد الحرية .

(قلت : المذهب : صحة التقاط المكاتب كتابةً صحيحةً) لأنه مستقل بالتملك والتصرف كالحر ، وله ذمة يمكن استيفاء الحقوق منها .

والأصح : طريقة القولين ، وأظهرهما : الصحة ، فيعرف اللقطة ويملكها ويكون بدلها في كسبه ، وفي تقديم صاحب اللقطة بها على الغرماء وجهان . وإذا عتق في مدة التعريف أتمه^(١) وتملك وإن عاد إلى الرق قبل تمامه . قال الرافعي : فالنقل أن القاضي يأخذها ويحفظها للمالك ، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها ، وإذا لم نصح التقاطه فالتقط . . صار ضامناً ، ولا يأخذ السيد اللقطة منه بل القاضي^(٢) .

والمذهب : أن الخلاف في المكاتب كتابةً صحيحةً ، وأما المكاتب مكاتبة فاسدة . . فكالقن لا محالة ، ولذلك قيده المصنف ، وقيل : بطرد الخلاف .

قوله : (ومن بعضه حر) يعني : والمذهب : صحة التقاط من بعضه حر كالمكاتب ، وقيل : يصح التقاطه بقدر الحرية قولاً واحداً ، والطريقان فيما سواه .

(١) أي : التعريف .

(٢) الشرح الكبير (٣٤٩/٦)

وَهِيَ لَهُ وَلِسَيِّدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ مُهَيَّأَةً . فَلِصَاحِبِ النَّوْبَةِ فِي الْأَظْهَرِ ، وَكَذَا حُكْمُ سَائِرِ النَّادِرِ مِنَ الْأَكْسَابِ وَالْمُؤْنِ إِلَّا أَرَشَ الْجَنَايَةِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله : (وهي له ولسيده) أي : تفريعاً على الصحة إذا لم يكن بينهما مهياة فيعرفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية .

واكتفى المصنف عن التصريح : بأن شرط كون اللقطة بين العبد والسيد ما إذا لم تكن بينهما مهياة . . بذكر حكم المهياة بعده .

قوله : (فإن كانت مهياة . . فلصاحب النوبة في الأظهر ، وكذا حكم سائر النادر من الأكساب والمؤن إلا أرش الجناية ، والله أعلم) يعني : وإن كان بينهما مهياة . . ففي دخول اللقطة وكل كسب نادر ؛ كالوصية والهبة فيها قولان ؛ أظهرهما : الدخول كسائر الأكساب ، والثاني : يكون بينهما ؛ بناءً على عدم الدخول .

والاعتبار بيوم الالتقاط على الأصح ، فإن وجدها في يومه . . كانت له فيعرفها ويتملكها ، وإن وجدها في يوم السيد . . كانت له فيعرف ويتملك كسائر المنافع .

وجعل الماوردي القولين في يوم سيده إذا قصد بها نفسه ، فإن قصد سيده . . فهي له قطعاً^(١) .

والنادر من المؤن : أجرة الطبيب والحجام .

وقوله : (إلا أرش الجناية) أي : فإنه لا يدخل في المهياة بالاتفاق ؛ أي : لا يختص صاحب النوبة بوجوب الأرش ؛ لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة ، والله أعلم .

(١) الحاوي الكبير (٩ / ٣٣٥ - ٣٣٦) .

فصل

الْحَيَوَانُ الْمَمْلُوكُ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ بِقُوَّةٍ ؛ كَبَعِيرٍ وَفَرَسٍ ، أَوْ
بَعَدُوٍ ؛ كَأَرْنبٍ وَظَبْيٍ ، أَوْ طَيْرَانٍ كَحَمَامٍ إِنَّ وَجِدَ بِمَفَازَةٍ . . فَلِلْقَاضِي
التَّقَاطُطُ لِلْحِفْظِ ،

(فصل)

[في بيان لقط الحيوان وغيره ، وتعريفهما]

(الحيوان المملوك الممتنع من صغار السباع بقوة ؛ كبعير وفرس ، أو
بعدو ؛ كأرنب وظبي ، أو طيران ؛ كحمام إن وجد بمفازة . . فللقاضي التقاطه
للحفظ) المراد : الإمام ونوابه ؛ لأن عمر رضي الله عنه كانت له حظيرة يحفظ
فيها الضوال . رواه مالك في « الموطأ » ، وروى البيهقي عن ابن شهاب قال :
كانت ضوال الإبل في زمن عمر بن الخطاب إِبِلًا مُؤَبَّلَةً تَنَاجُ^(١) ، حتى إذا كان
في زمن عثمان بن عفان أَمَرَ بمعرفتها وتعريفها ثم تباع ، فإذا جاء صاحبها . .
أعطى ثمنها^(٢) .

قال السبكي : ينبغي ذلك إذا خشي عليها الضياع ، أما إذا أمن عليها . . فلا
ينبغي أن يتعرض لها حتى يأتيها صاحبها .

ويعرف المملوك بالوسم والتخريس^(٣) ونحوهما .

فائدة : المفازة : المهلكة ، قيل : سميت به على القلب ؛ تفاؤلاً ، وقال

(١) إذا كانت الإبل مهملة . . قيل : إبل أُبْلٌ ، فإذا كانت للقنية . . قيل : إبل مُؤَبَّلَةٌ ، أراد أنها
كانت لكثرتها مجتمعة حيث لا يتعرض إليها . النهاية في غريب الحديث والأثر (ص :
٢٤) .

(٢) الموطأ (١٥٢٣) ، السنن الكبير (١٢٢٠٨) .

(٣) الخُرُص : حَلَقَةٌ . المصباح المنير (ص : ١٦٧) .

وَكَذَا لِغَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَيَحْرُمُ التَّقَاطُهِ لِلتَّمَلُّكِ ، وَإِنْ وُجِدَ بِقَرْيَةٍ .
فَالْأَصَحُّ : جَوَازُ التَّقَاطُهِ لِلتَّمَلُّكِ .

ابن القطان : إنما سميت من (فاز) : إذا هلك ، فهي مفعلة من الهلاك لا غيره .

قوله : (وكذا لغيره في الأصح) أي المنصوص ؛ لئلاً يأخذها خائن فيضيعها .

والثاني : لا ؛ إذ لا ولاية للآحاد على مال الغير ، ورجحه البغوي^(١) .

والبقر والحمير والبغال كالإبل .

قوله : (ويحرم التقاطه للتملك) لقوله صلى الله عليه وسلم : في ضالة الإبل « مَا لَكَ وَلَهَا ؟ »^(٢) .

فمن أخذها للتملك .. ضمن ولا يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع ، ويبرأ بالدفع إلى القاضي في الأصح .

قوله : (وإن وجد بقرية) أي : أو موضع قريب منها (.. فالأصح : جواز التقاطه للتملك) لأنها في العمران تضيع بامتداد الأيدي الخائنة إليها ، بخلاف المفازة .

والثاني : لا يجوز ؛ لإطلاق الحديث^(٣) ، وقيل : يجوز قطعاً ، وقيل : لا يجوز قطعاً .

هذا إذا كان زمان أمن ، أما في زمان النهب والفساد .. فيجوز التقاطها قطعاً في الصحراء وغيرها ، ذكره المتولي وغيره .

(١) التهذيب (٥٥٥ / ٤) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٣) أي : المازأنفاً .

وَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا كَشَاءٌ . . يَجُوزُ التَّقَاطُحُ لِلتَّمْلِكِ فِي الْقَرْيَةِ وَالْمَفَازَةِ .
وَيَتَخَيَّرُ آخِذُهُ مِنْ مَفَازَةٍ ؛ فَإِنْ شَاءَ . . عَرَفَهُ وَتَمَلَّكَهُ ، أَوْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ
وَعَرَفَهَا ثُمَّ تَمَلَّكَهُ ، أَوْ أَكَلَهُ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ ظَهَرَ مَالِكُهُ .

قوله : (وما لا يمتنع منها كشاء . . يجوز التقاطحه للتملك في القرية
والمفازة) لقوله صلى الله عليه وسلم : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ »^(١) .

ومن هذا النوع : العجاجيل^(٢) والفُضْلَان^(٣) ، والكبير من الإبل والخيول ،
كل ذلك إذا لم يلتقط يضيع ، وقيل : لا يؤخذ في العمران .

قوله : (ويتخير آخذه من مفازة ؛ فإن شاء . . عرفه وتملكه ، أو باعه
وحفظ ثمنه وعرفها ثم تملكه ، أو أكله وغرم قيمته إن ظهر مالكة) يعني : إذا
وجد ما لا يمتنع بمفازة . . يخير بين ثلاث خصال :

أما الأولى : فبالقياس على غيرها .

وأما الثانية : فلأنه إذا جاز الأكل . . فالبيع أولى .

وأما الثالثة : فللإجماع حكاه ابن عبد البر^(٤) .

وإتيان المصنف بضمير المذكر جائز للموجود وإنما أنث (عرفها) لإرادة
اللقطة ؛ لئلا يلتبس الضمير في التذكير بعوده إلى الثمن ؛ لأن التعريف
لا يكون للثمن ، وإنما يكون للقطعة ، فإذا لم يعرف . . يملك الثمن .

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٢) العجاجيل : جمع عجل . مختار الصحاح (ص : ٢٨٩) .

(٣) الفصيل : ولد الناقة إذا فصل عن أمه ، والجمع : فُضْلَان وفصال . مختار الصحاح (ص :
٣٤٦) .

(٤) التمهيد (٤٨ / ٢) .

فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمَرَانِ .. فَلَهُ الْخَصْلَتَانِ الْأُولَيَانِ لَا الثَّالِثَةُ فِي الْأَصَحِّ .
وَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ عَبْدًا لَا يُمَيِّزُ ، وَيَلْتَقِطُ غَيْرَ الْحَيَوَانِ ؛

قوله : (فإن أخذ من العمران .. فله الخصلتان الأوليان) أي : إمساكها وتعريفها وتملكها ، أو بيعها وتعريفها وتملك ثمنها .

قوله : (لا الثالثة في الأصح) يعني : الأكل ؛ لأن البيع في العمران سهل ، وهو أحفظ لصاحبها ، والثاني : يجوز كما في المفازة .
والخلاف قولان في « الروضة » و« أصلها »^(١) .

ثم إذا أمسك وأراد الرجوع بالنفقة .. فلينفق بإذن الحاكم ، فإن لم يجده .. أشهد ، وإن أراد البيع استقل به إن لم يكن حاكم ، وإن كان ..
فالأصح : أنه لا بد من استئذانه ، وإن أكل .. فالأصح عند القاضي حسين :
وجوب تعريف اللقطة بعده ، وإطلاق النص يقتضي خلافه .

وإنما تعرّف اللقطة لا القيمة ، وتعتبر القيمة يوم الأخذ إن أخذ للأكل ؛
ويوم الأكل إن أخذ للتعريف ، والأصح : أن إقرار القيمة لا يجب .

قوله : (ويجوز أن يلتقط عبداً لا يميز) لأنه يضيع بتركه فأشبهه الشاة ، فإن كان مميزاً ، والزمان زمان أمن .. لم يأخذه ؛ لأنه يستدل على مالكة فيصل إليه ، وإن كان زمان نهب .. جاز أخذه ، وينفق عليه مدة الحفظ من كسبه ،
فإن لم يكن له كسب .. باعه بإذن الحاكم ، وقيل : يستقل به ، وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال : كنت أعتقته .. فالأظهر : يقبل قوله ، ويحكم بفساد البيع .

قوله : (ويلتقط غير الحيوان) أي : من الجمادات ؛ كالنقود وغيرها

(١) روضة الطالبين (٤/٤٦٥) ، الشرح الكبير (٦/٣٥٥) .

فَإِنْ كَانَ يَسْرَعُ فَسَادُهُ ؛ كَهَرِيسَةٍ ؛ فَإِنْ شَاءَ . . . بَاعَهُ وَعَرَفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنُهُ ، وَإِنْ شَاءَ . . . تَمَلَّكَهُ فِي الْحَالِ وَأَكَلَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ وَجَدَهُ فِي عُمَرَانٍ . . . وَجَبَ الْبَيْعُ .

وَإِنْ أُمِكنَ بَقَاؤُهُ بِعِلَاجٍ ؛ كَرَطْبٍ يَتَجَفَّفُ ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي بَيْعِهِ . . . بَيْعٌ ، أَوْ فِي تَجْفِيفِهِ وَتَبَرُّعِهِ بِهِ الْوَاجِدُ . . . جَفَّفَهُ ، وَإِلَّا . . . بَيْعَ بَعْضُهُ لِتَجْفِيفِ الْبَاقِي .

(فَإِنْ كَانَ يَسْرَعُ فَسَادُهُ ؛ كَهَرِيسَةٍ ؛ فَإِنْ شَاءَ . . . بَاعَهُ وَعَرَفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنُهُ ، وَإِنْ شَاءَ . . . تَمَلَّكَهُ فِي الْحَالِ وَأَكَلَهُ) أَيُ : يَخِيرُ فِيهِمَا ، سَوَاءٌ وَجَدَهُ فِي الصَّحْرَاءِ أَوْ فِي الْعُمَرَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَصَرَحَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ بِاسْتِحْبَابِ الْبَيْعِ .
وَإِذَا أَكَلَ . . . فَالْأَصَحُّ : وَجُوبُ التَّعْرِيفِ إِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ ، وَإِنْ كَانَ فِي الصَّحْرَاءِ . . . قَالَ الْإِمَامُ : الظَّاهِرُ : أَنَّهُ لَا يَجِبُ ؛ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ ^(١) .

قَوْلُهُ : (وَقِيلَ : إِنْ وَجَدَهُ فِي عُمَرَانٍ . . . وَجَبَ الْبَيْعُ) أَيُ : وَامْتَنَعَ الْأَكْلُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَتَسِرًّا فِي الْعُمَرَانِ ، وَهَذَا اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ ، وَجَعَلَ الْمَسْأَلَةَ عَلَى قَوْلَيْنِ ^(٢) .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ أُمِكنَ بَقَاؤُهُ بِعِلَاجٍ ؛ كَرَطْبٍ يَتَجَفَّفُ ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي بَيْعِهِ . . . بَيْعٌ) أَيُ : جَمِيعُهُ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ (أَوْ فِي تَجْفِيفِهِ وَتَبَرُّعِهِ بِهِ الْوَاجِدُ . . . جَفَّفَهُ) أَيُ : لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُهُ فَرُوعِي فِيهِ الْمَصْلَحَةُ (وَإِلَّا . . . بَيْعَ بَعْضِهِ لِتَجْفِيفِ الْبَاقِي) أَيُ : تَحْصِيلًا لِلْأَصْلَحِ .

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيَوَانِ حَيْثُ يَبَاعُ جَمِيعُهُ : أَنَّ نَفَقَةَ الْحَيَوَانِ تَتَكَرَّرُ فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَأْكُلَ نَفْسَهُ .

(١) نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ (٨ / ٤٨٠) .

(٢) مُخْتَصَرُ الْمُزْنِيِّ (ص : ١٩٣ - ١٩٤) .

وَمَنْ أَخَذَ لُقْطَةً لِلْحِفْظِ أَبْدَأَ.. فَهِيَ أَمَانَةٌ ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْقَاضِي ..
لَزِمَهُ الْقَبُولُ ، وَلَمْ يُوجِبِ الْأَكْثَرُونَ التَّعْرِيفَ وَالْحَالَةَ هَذِهِ ، فَلَوْ قَصَدَ بَعْدَ
ذَلِكَ خِيَانَةً.. لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا فِي الْأَصَحِّ ،

قوله : (ومن أخذ لقطة للحفظ أبداً.. فهي أمانة) أي : على المشهور ؛
لأنه يحفظها للمالك ، فأشبه المودع ، وإذن الشارع كإذن المالك وأولى ،
ومراد : من صح التقاطه وقبل مضمونه .

قوله : (فإن دفعها إلى القاضي .. لزمه القبول) حفظاً لها على صاحبها ،
بخلاف الوديعة لا يلزمه القبول على الأصح ، وكذا من أخذ للتملك ثم بدا له
ودفعها إلى الحاكم .. يلزمه القبول .

قوله : (ولم يوجب الأكثرون التعريف والحالة هذه) أي : إذا قصد
الحفظ أبداً ؛ لأن التعريف إنما يجب لتحقيق شرط التملك ، وعلى هذا :
لا يضمن بتركه ، وإذا بدا له قصد التملك .. عرفها سنة من يومئذ ، ولا يعتد
بما عرف من قبل ، خلافاً للقاضي حسين .

واختار المصنف تبعاً للإمام والغزالي : وجوبه^(١) ؛ لئلا يكون كتماناً مفوتاً
للحق على صاحبه ، فعلى هذا : إذا تركه .. ضمن بالترك ، حتى لو ابتدأ
بالتعريف بعد ذلك ، فهلك في سنة التعريف .. ضمن .

قوله : (فلو قصد بعد ذلك خيانة .. لم يصير ضامناً في الأصح) يعني : إذا
أخذ بقصد الأمانة ثم قصد الخيانة .. فالأصح : أنه لا يصير ضامناً بمجرد
القصد كالمودع .

والثاني : يصير ضامناً ؛ لأن أخذ المال بغير إذن صاحبه يقتضي الضمان ،

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٧٢) ، نهاية المطلب (٨ / ٤٤٩) ، الوجيز (ص : ٢٣٧) .

وَإِنْ أَخَذَ بِقَصْدِ خِيَانَةٍ . . فَضَامِنٌ ، وَلَيْسَ لَهُ بَعْدَهُ أَنْ يُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ عَلَى الْمَذْهَبِ .

وَإِنْ أَخَذَ لِيُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ . . فَأَمَانَةٌ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ ،

ارتفع عنه بمجرد قصد الأمانة ، فيضمن بقصد الخيانة مع عدم الإذن في اليد ، بخلاف الوديعة ؛ لإذن المالك فيها .

قوله : (وإن أخذ بقصد خيانة . . فضامن) لأن الشارع لم يبح أخذها إلا لمن يعرفها سنةً ، ولو لم يقصد شيئاً أو قصد ونسي . . فله التملك ولا ضمان بالاتفاق ، قاله الإمام^(١) ، وفي « الوسيط » ما يقتضي إجراء خلاف^(٢) ، والمشهور : الأول .

قوله : (وليس له بعده أن يعرف ويتملك على المذهب) لأنه صار مضموناً عليه بتعديه ، والأمانة لا تعود بترك التعدي .

وقيل : وجهان .

ومهما صار الملتقط ضامناً في الدوام ، إما بنفس الخيانة أو بقصدها ، ثم أقطع وأراد أن يعرف ويتملك . . فوجهان ، رجح البغوي : أن له ذلك ، وصححه في « أصل الروضة » ؛ لأن التقاطه في الابتداء انعقد مفيداً للملك ، فلا يبطل حكمه بتفريط يطرأ^(٣) .

قوله : (وإن أخذ ليعرف ويتملك . . فأمانة مدة التعريف) أي : بلا خلاف ؛ لإذن الشارع في ذلك ، فإن طرأ قصد الخيانة . . يأتي فيه الخلاف السابق^(٤) .

(١) نهاية المطلب (٤٥١ / ٨) .

(٢) الوسيط (٤٢٠ / ٢) .

(٣) التهذيب (٥٤٧ / ٤) ، روضة الطالبين (٤٧٠ / ٤) .

(٤) أي : آنفاً في قول المتن : (فلو قصد بعد ذلك خيانة . .) إلخ .

وَكَذَا بَعْدَهَا مَا لَمْ يَخْتَرْ التَّمْلُكَ فِي الْأَصَحِّ .

وَيَعْرِفُ جِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقَدْرَهَا وَعِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثُمَّ يُعَرِّفُهَا فِي
الْأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا سَنَةً عَلَى الْعَادَةِ ؛ يُعَرِّفُ أَوَّلًا كُلَّ يَوْمٍ
طَرَفِي النَّهَارِ ، ثُمَّ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةً ،

قوله : (وكذا بعدها ما لم يختار التملك في الأصح) قاله ابن الصباغ
والبغوي^(١) ، والثاني : يصير مضمونةً بانقضاء السنة إذا كان عزم التملك
مطرداً ، قاله الغزالي^(٢) ، وهو مبني على أن اللقطة تملك بمضي السنة ،
والصحيح : أنه لا بد من اختيار أو لفظ .

قوله : (ويعرف) هو بفتح الياء من المعرفة (جنسها وصفتها وقدرها
وعفاصها ووكاءها) أي : عقب الأخذ ؛ كما قاله المتولي وغيره ، وأكثر
الروايات صريحة في تأخير التعريف عن التعرف^(٣) ؛ كما أورده المصنف ، وفي
رواية لمسلم : « عَرَّفَهَا سَنَةً ثُمَّ اعْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ اسْتَنْفِقْ بِهَا »^(٤) .

ويجمع بينهما ؛ بأن هذا تعرف آخر عند إرادة التملك ، وكلاهما
مستحب .

وكذا يعرف موضع التقاطها ، ويستحب تقييدها بالكتابة .

قوله : (ثم يُعَرِّفُهَا) بضم الياء (في الأسواق وأبواب المساجد ونحوها
سنة على العادة ؛ يعرف أولاً كل يوم طرفي النهار ، ثم كل يوم مرة ،

(١) التهذيب (٥٤٧/٥) .

(٢) الوسيط (٤٢٠/٢) .

(٣) منها : ما أخرجه البخاري (٩١) ، ومسلم (١٧٢٢/١) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله
عنه .

(٤) صحيح مسلم (١٧٢٢/٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه

ثُمَّ كُلُّ أُسْبُوعٍ ، ثُمَّ كُلُّ شَهْرٍ ،

ثم كل أسبوع ، ثم كل شهر (تعريف اللقطة سنة واجب ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد : « عَرَفَهَا سَنَةً »^(١) . قال ابن المنذر : وأجمعوا على أنه لا يجب تعريفها ثلاثة أحوال ، فدل على أن الرواية في الثلاثة غير صحيحة^(٢) .

وقوله : (في الأسواق) لأنها مظنة اجتماع الناس ، و (أبواب المساجد) أي : عند خروج الناس من الصلاة ، ولا يعرف في المساجد .
 لكن قال الشاشي : الأصح : جواز التعريف في المسجد الحرام بخلاف بقية المساجد^(٣) .

قال في « المهمات » : وظاهره : التحريم في بقية المساجد ، وليس كذلك ، فالمنقول : الكراهة^(٤) .

قال في « التحرير » : المعتمد : التحريم ، فقد صرح به القاضي حسين ، وحكى الماوردي : الاتفاق عليه^(٥) .

وقوله : (على العادة... إلى) آخره ؛ أي : لا يشترط استيعاب السنة ، بل لا يعرف في الليالي ، ولا يستوعب الأيام أيضاً بل على المعتاد ، بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى .

وليكن أكثر تعريفه في البقعة والمحلة التي وجد فيها ، فإن حضره سفر...

(١) سبق تخريجه آنفاً .

(٢) الأوسط (٣٨٦/١١ - ٣٨٩) .

(٣) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٤٣١/٢) .

(٤) المهمات (٢٩٢/٦) .

(٥) تحرير الفتاوي (٣٦٥/٢) .

وَلَا تَكْفِي سَنَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ فِي الْأَصَحِّ .

فوض التعريف إلى غيره ، ولا يسافر بها ، ولا يفوض إلى غيره إلا بإذن الحاكم على الأصح .

وإن التقط في الصحراء . . فعن أبي إسحاق : أنه إن اجتازت به قافلة . . يتبعهم ويعرف فيهم ، ويعرف في البلدة التي يقصدها إذا انتهى إليها ، فإن بدا له الرجوع ، أو قصد بلدة أخرى . . عرف عند الوصول إليها .

والأصح عند المصنف : أنه لا يكلف العدول إلى أقرب البلاد إلى موضع الالتقاط^(١) .

والأصح : أنه لا يجب المبادرة بالتعريف على الفور ، بل المعتبر تعريف سنة متى كان ، وابتدائها من حين التعريف ، لا الالتقاط .

وفي « التحرير » عن « النهاية » تفريعاً على هذا : لو تمادى التأخير مدة تنسى فيها اللقطة . . هل ينفع التعريف بعد ذلك ؟ فيه وجهان ، قال : ومن يصير إلى التعريف . . يقول : حق المعرف أن يؤرخ وجدان اللقطة في تعريفه^(٢) .

تنبيه : قال الجيلي والنووي في « نكته » : متى غلب على ظنه أنه إذا عرفها أخذها منه السلطان ؛ لجوره . . لم يجز^(٣) التعريف ، بل تكون أمانة في يده أبداً .

قوله : (ولا تكفي سنة متفرقة في الأصح) لأنه إذا فرق . . لم تظهر فائدة التعريف ، وهذا اختيار الإمام^(٤) ، قال في « المحرر » : إنه أحسن

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٧٣) .

(٢) تحرير الفتاوي (٢ / ٣٦٦) ، نهاية المطلب (٨ / ٤٥٣ - ٤٥٤) .

(٣) وفي (أ) : (يجز) .

(٤) نهاية المطلب (٨ / ٤٥٣) .

قُلْتُ : الْأَصَحُّ : تَكْفِي ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وَيَذْكُرُ بَعْضَ أَوْصَافِهَا وَلَا تَلْزِمُهُ مُؤَنَةُ التَّعْرِيفِ إِنْ أَخَذَ لِحِفْظٍ ، بَلْ يَرْتَبِهَا الْقَاضِي

الوجهين^(١) ، قال الرافعي : فعلى هذا : إذا قطع التعريف مدة وجب الاستئناف^(٢) .

(قلت : الأصح : تكفي ، والله أعلم) كما لو نذر صوم سنة يجوز التفريق .

وصور المسألة في « الشرح » ؛ بأن يعرف شهرين ويترك شهرين^(٣) ، وصورها القاضيان ؛ بما إذا عرف اثني عشر شهراً من اثنتي عشرة سنة .

قال الزركشي : وجعل الإمام محل الخلاف ما إذا لم يؤد التفريق إلى نسيانه^(٤) ، فإن قطع قطعاً يغلب على الظن نسيان النُّوب السابقة لم يعتد بها قطعاً ، قال : واشترط أيضاً أن يبين في التعريف زمان الوجدان ، وقال : صرح القاضي أبو الطيب في أثناء الباب بأن الوارث يقوم مقام المورث في أصل التعريف ، فينبغي أن يكون كذلك إذا مات الملتقط في أثناء المدة .

قوله : (ويذكر بعض أوصافها) أي : في التعريف استحباباً على الأصح ، ولا يستوعب الصفات ، ولا يبالغ فيها ؛ لئلا يعتمد الكاذب ، فإن فعل فالأصح عند المصنف : أنه يصير ضامناً^(٥) .

قوله : (ولا تلزمه مؤنة التعريف إن أخذ لحفظ ، بل يرتبها القاضي

(١) المحرر (٢/ ٨٢٠) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٣٦٢) .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٣٦١) .

(٤) نهاية المطلب (٨/ ٤٥٣-٤٥٤) .

(٥) روضة الطالبين (٤/ ٤٧١-٤٧٢) .

مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَوْ يَقْتَرِضُ عَلَى الْمَالِكِ ، وَإِنْ أَخَذَ لَتَمَلِّكَ . . لَزِمَتْهُ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَتَمَلِّكَ . . فَعَلَى الْمَالِكِ .

من بيت المال ، أو يقترض على المالك) يعني : يجتهد الحاكم في فعل أحد الأمرين ، وفي أن يأمر الملتقط بالبذل ليرجع ، وفي بيع بعض اللقطة .

والصرف من بيت المال على سبيل أنه لا رجوع به ؛ كما أفهمه ، وقال ابن الرفعة : على سبيل الاقتراض على المالك^(١) ، قاله في « التحرير » ، قال : وظاهر ما ذكره المصنف : تعين الرفع إلى القاضي ، وقال الماوردي : فإن لم يستأذنه مع القدرة وأشهد بالرجوع . . فوجهان^(٢) .

قوله : (وإن أخذ لتملك . . لزمته ، وقيل : إن لم يتملك . . فعلى المالك) يعني : وإن أخذها للتملك واتصل الأمر بالتملك . . فمؤنة التعريف على الملتقط ، وإن ظهر مالها . . فوجهان ؛ أحدهما : أنها على الملتقط ، كذا أطلق الرافعي^(٣) .

قال السبكي : وظاهره : أنه ولو كان ظهوره بعد التملك . . تعود المنفعة إليه ، وينبغي أن يشهد ؛ لئلا ينافعه المالك إذا ظهر فيه أو في قدره ، فلا فرق في جريان الخلاف بين أن يتملك ، أو لا يتملك ، لكنه يظهر أثره إذا لم يتملك ، أو تملك فظهر المالك ، فلو قال المصنف : (وقيل : إن ظهر المالك . . فعليه) . . لكان أخلص .

تنبيه : قال الزركشي : هذا في مطلق التصرف ، أما المحجور إذا رأى وليه

(١) كفاية النبيه (٤٢٧/١١) .

(٢) تحرير الفتاوى (٣٦٨/٢) ، الحاوي الكبير (٢٣٧/٩) .

(٣) الشرح الكبير (٣٢١/٦) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْحَقِيرَ لَا يُعَرَّفُ سَنَةً ، بَلْ زَمَنًا يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يُعْرِضُ عَنْهُ غَالِبًا .

التملك . . فليس له الصرف من ماله ، بل يرفع إلى الحاكم ؛ لبيع جزءاً من اللقطة .

قوله : (والأصح : أن الحقير لا يعرف سنة ، بل زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً) لأن عمر رضي الله عنه رأى جراباً فيه سويق تطؤه الإبل ، فأخذه فعرفه ، فلم يعرفه أحد ، فأمر بقدح فشرب منه وسقى أصحابه ، ولم ينكر عليه^(١) .

والثاني : لا بد من سنة ، وهو أظهر عند العراقيين ؛ لإطلاق الحديث ، واختاره السبكي وقال : هو المشهور في المذهب .

وعلى الأول - وهو : أنه لا يعرف سنة - : فالأصح : ما ذكره المصنف بعد قوله : (بل) لكن ظاهر قوله : (يعرض عنه) أن التعريف في زمن إعراض الفاقد ، وليس كذلك ، وإنما هو في زمن فقد الإعراض ، فكان ينبغي أن يقول : (لا يعرض) أو يبدل (يعرض عنه) بـ (بطله) .

وعبارة « الشرحين » و« الروضة » : مدة يظن في مثلها طلب فاقده له ، قاله في « التحرير »^(٢) .

وقيل : يكفي التعريف مرة .

وقيل : ثلاثة أيام .

والصحيح : أن ما يغلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول

(١) أخرجه عبد الرزاق في « مصنفه » (١٨٢٣٩) .

(٢) الشرح الكبير (٣٦٥ / ٦) ، روضة الطالبين (٤٧٤ / ٤) ، تحرير الفتاوى (٣٦٩ / ٢) .

فصل

إِذَا عَرَفَ سَنَةً . . لَمْ يَمْلِكْهَا حَتَّى يَخْتَارَهُ بِلَفْظٍ ؛ كَ : تَمَلَّكْتُ ،

طلبه له في الغالب قليل . قال الروياني : فدائق الفضة يعرف في الحال ، ودائق الذهب يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام .

وهذا كله في حقير له قيمة .

أما ما لا قيمة له ؛ كحبة من الحنطة أو زبينة واحدة . . فلا تعريف على واجده ، وله الاستبداد به ، روي أن عمر رضي الله عنه سمع رجلاً في الطواف يعرف زبينة فقال : (إن من الورع ما يَمُقُّته الله)^(١) .

فلو اتفق في وقت غلاء شديد أن يكون للثمرة قيمة . . كانت متمولة ووجب تعريفها .

(فصل)

[في تملكها وغرمها وما يتبعهما]

(إذا عرف سنة . . لم يملكها حتى يختاره) لقوله صلى الله عليه وسلم : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا . . فَشَأْنُكَ بِهَا »^(٢) .

فوض الأمر إلى خيرته ، ولم يفرق بين الغني والفقير .

قوله : (بلفظ ؛ ك : تملك) يعني : وما أشبهه ؛ لأنه تملك مال ببدل ، فافتقر إلى لفظ ؛ كالشراء ، قال في « التحرير » : وشرط ذلك أن يكون قصد التملك في ابتداء التعريف ، فلو عرف من غير قصد التملك ، ثم بدا له

(١) أورده الملا علي القاري في « مرقاة المفاتيح » (٢٨٨ / ٤) بدون عزو وبدون إسناد ، ويذكر عنه بالفاظ أخرى .

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٢) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

وَقِيلَ : تَكْفِي النِّيَّةُ ، وَقِيلَ : تُمْلِكُ بِمُضِيِّ السَّنَةِ .

فَإِنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ الْمَالِكُ وَاتَّفَقَا عَلَى رَدِّ عَيْنِهَا . . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَرَادَهَا الْمَالِكُ وَأَرَادَ الْمُلتَقِطُ الْعُدُولَ إِلَى بَدْلِهَا . . . أُجِيبَ

قصده . . عرف سنة من يومئذ ، ولا يعتد بما عرفه من قبل^(١) ، وقد تقدم^(٢) .

قوله : (وقيل : تكفي النية) أي : إنشاء قصد التملك بعد مضي السنة .

(وقيل : تملك بمضي السنة) أي : بعد التعريف وإن لم يختَر التملك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبيّ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا . . . فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكٍ »^(٣) .

وقيل : لا يكفي اللفظ ، بل لا بد معه من تصرف ؛ تخريجاً من القرض .

فرع : تستثنى صور ليس فيها تملك ، منها : لقطة مكة ، والجارية التي تحل للملتقط بناءً على أنه لا يجوز استقراضها ، وقال الشيخ أبو حامد : لا يجب تعريفها ، ومقتضاه : أنها لا تلتقط إلا للحفظ .

ومنها : لو دفعها للحاكم وترك التعريف والتملك ، ثم ندم . . فالمختار عند المصنف : امتناع تملكه ؛ لأنه أسقط حقه^(٤) .

قوله : (فَإِنْ تَمَلَّكَ وَظَهَرَ الْمَالِكُ) أي : وهي باقية (واتفقا على رد عينها . . فذاك) وهو كرد القرض بعينه ، والأصح : أنه يجب على الملتقط ردها إذا علم قبل طلب المالك .

قوله : (وَإِنْ أَرَادَهَا الْمَالِكُ ، وَأَرَادَ الْمُلتَقِطُ الْعُدُولَ إِلَى بَدْلِهَا . . أُجِيبَ

(١) تحرير الفتاوي (٣٦٩ / ٢) .

(٢) أي : في الفصل السابق عند شرح قول المتن : (ولم يوجب الأكثرون التعريف . . .) إلخ .

(٣) أخرجه مسلم (١٧٢٣) .

(٤) روضة الطالبين (٤٨٠ / ٤) .

الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ تَلَفَتْ . . غَرِمَ مِثْلَهَا أَوْ قِيمَتَهَا يَوْمَ التَّمْلِكِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ بَعِيبٍ . . فَلَهُ أَخْذُهَا مَعَ

المالك في الأصح (لقوله صلى الله عليه وسلم : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا . . فَأَذَّهَا إِلَيْهِ »^(١) . وكالقرض ، بل أولى ؛ لأنه لم يرض بتملكها عليه .

والثاني : يجاب الملتقط ، وهو ضعيف .

وأجرة الرد إذا كان له مؤنة قبل التملك على المالك ؛ لأن الواجب التخلية ، وبعده على الملتقط .

قوله : (وإن تلفت . . غرم مثلها) أي : إن كانت مثلية (أو قيمتها) أي : إن كانت متقومة .

قال الزركشي : الصورة في التلف بعد التملك ، ولا يضمن في التلف قبله من غير تفريط ؛ كالمودع . انتهى

وعن الكرايسي : أنه لا يطالب بالقيمة ، ولا يرد العين عند بقائها ، ولعله يحمل الحديث على ما إذا جاء صاحبها قبل التملك .

ورد بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر علماً أن يغرم الدينار الذي وجده لما جاء صاحبه^(٢) ، قاله السبكي .

قوله : (يوم التملك) لأنه وقت انتقالها إليه فكانت قيمته هي المعتبرة ، وقيل : يوم المطالبة بها ، وفي ثبوت الضمان في ذمته يوم التلف . . وجهان ؛ أصحهما : نعم .

قوله : (وإن نقصت بعيب) أي : طراً بعد التملك (. . .)

(١) أخرجه مسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٢) أخرجه أبو داود (١٧١٤) ، والبيهقي في « الكبير » (١٢٢٢١) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

الأرْشِ فِي الْأَصَحِّ .

وَإِذَا ادَّعَاهَا رَجُلٌ ، وَلَمْ يَصِفْهَا وَلَا بَيَّنَّهَ . لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ ، وَإِنْ وَصَفَهَا
وَوَظَنَ صِدْقَهُ . جَازَ الدَّفْعُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

الأرْشِ فِي الْأَصَحِّ (لأن الكل مضمون عليه لو تلف ، فكذلك البعض .

وقيل : يقنع بها بلا أرشٍ ، ولو أراد المالك الرجوع إلى بدلها سليمةً ،
وقال الملتقط : أضْمِ الأرْشَ إليها وأردها . فالأصح : أن على المالك
القبول ؛ لأن العين الناقصة مع الأرْشَ كغير الناقصة

ولو زادت . . فالمتصلة تتبعها ، والمنفصلة تسلم للملتقط ، قال ابن
العماد : بلا خلاف إن حدثت بعد التملك ، ويرد الأصل وما كان معه .

قوله : (وَإِذَا ادَّعَاهَا^(١)) رجل ولم يصفها ولا بينه . . لم تدفع إليه (
لحديث : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ »^(٢) .

قال الرافعي : إلا أن يعلم الملتقط أنها له فيلزمه الدفع إليه^(٣) .

قوله : (وَإِنْ وَصَفَهَا) أي : وصفاً يحيط بجميع صفاتها (وظن صدقه . .
جاز الدفع) أي : عملاً بغلبة ظنه (ولا يجب على المذهب) لأنه مدع فيحتاج
إلى بينة .

وقيل : وجهان ؛ ثانيهما : يجب ؛ لأن إقامة البينة على اللقطة قد تعسر ،
ولا خلاف في الجواز إذا ظن صدقه ، فإن لم يغلب على الظن صدقه . . لم يدفع إليه
على المذهب ، قال في « الروضة » : وحكى الإمام تردداً في جواز الدفع^(٤) .

(١) وفي (أ) : (وَإِنْ ادَّعَاهَا) .

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٥٢) ، ومسلم (١٧١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) الشرح الكبير (٣٧٢ / ٦) .

(٤) روضة الطالبين (٤٧٧ / ٤) .

فَإِنْ دَفَعَ وَأَقَامَ آخَرَ بَيِّنَةٍ بِهَا . . حُوِّلَتْ إِلَيْهِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ . . فَلِصَاحِبِ
الْبَيِّنَةِ تَضَمِينُ الْمُلتَقِطِ وَالْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ .

فعلى المذهب : لو قال الواصف : يلزمك تسليمها إلي . . فله أن يحلف
أنه لا يلزمه .

ولو قال : تعلم أنها ملكي . . فله أن يحلف : أنه لا يعلم .
ولو أقام الواصف شاهداً . . فالمذهب : أنه لا يجب الدفع .
وحكى السبكي عن الشيخ نصر المقدسي : لو أقام شاهداً وحلف معه . .
حكم له .

قال في « التحرير » : فإن وصفها جماعة . . قال القاضي أبو الطيب :
أجمعنا على أنها لا تسلم لهم^(١) .

والبينة هنا يكفي فيها الشاهد واليمين ؛ للقاعدة العامة في الأموال ، ومع
ذلك فنص عليه الشافعي^(٢) .

قوله : (فإن دفع وأقام آخر^(٣) بينة بها . . حولت إليه) أي : إذا كان دفعها
بالوصف ، فأما لو دفع بالبينة . . جاءت أقوال تعارض البينتين .

قوله : (فإن تلفت عنده) أي : الواصف (. . فلصاحب البينة تضمين
الملتقط والمدفوع إليه ، والقرار عليه) يعني : على المدفوع إليه ؛ لحصول
التلف عنده .

فإن غرمه صاحب البينة . . لم يرجع على الملتقط .

وإن غرم صاحب البينة الملتقط . . رجع على المدفوع إليه إن لم يكن قد أقر

(١) تحرير الفتاوي (٣٧٠ / ٢) .

(٢) الأم (١٣٧ / ٥) ، كذا العبارة .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (فأقام آخر) .

قُلْتُ : لَا تَحِلُّ لِقَطَّةِ الْحَرَمِ لِلتَّمَلُّكِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا قَطْعاً ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

للوأصف بالملك ، بل اقتصر على الرد معتمداً وصفه ، فإن أقر . . لم يرجع ؛ مؤاخذاً له .

وهذا كله إذا سلم بالأوصاف من غير حكم .

أما إذا ألزمه حاكم بالدفع بالأوصاف . . لم يكن لمقيم البينة تضمينه ، وتكون الخصومة بين مقيم البينة والأوصاف ، ويخرج الملتقط من الوسط بحكم الحاكم .

ولو جاء الوأصف بعد ما تملك الملتقط اللقطة وأتلفها ، فغرمها الملتقط له ؛ لظنه صدقه ، ثم جاء آخر وأقام البينة . . فله مطالبة الملتقط دون الوأصف ؛ لأن الحاصل عند الوأصف مال الملتقط ، لا ماله .

وإذا غرم الملتقط ؛ فإن لم يقر بالملك للأوصاف عند الغرامة . . رجع عليه ، وإلا . . فلا .

(قلت : لا تحل لقطة الحرم للتملك على الصحيح ، ويجب تعريفها قطعاً ، والله أعلم) يعني : إنما تؤخذ للحفظ أبداً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَلْتَقِطُ لُقْطَتَهَا إِلَّا مَنْ عَرَفَهَا »^(١) . وفي رواية : « لَا تَحِلُّ لُقْطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ »^(٢) . أي : لمعرفة ، والمعنى على الدوام ، وإلا . . فلا فائدة للتخصيص .

والثاني : أنها كلقطة سائر البقاع .

(١) أخرجه البخاري (١٨٣٤) ، (٢٤٣٢) ، ومسلم (١٣٥٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٣٤) ، ومسلم (١٣٥٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

والحديث محمول على أنه لا بد من تعريفها سنة ؛ لئلا يتوهم أنه يكتفى فيها بالتعريف في الموسم ، وهذا ضعيف .

والأكثرون يحكونهما وجهين ، وعبارة « الشرح » : قولان^(١) .

وقوله : (الحرم) وإن كان الحديث ما ورد إلا في مكة ؛ لأن حكم الحرم كله حكم مكة .

وقوله : (قطعاً) ، أي : لا يأتي فيه الخلاف فيمن أخذ للحفظ أبداً .

وفي « الروضة » : قال أصحابنا : يلزم الملتقط بها الإقامة للتعريف ، أو دفعها إلى الحاكم^(٢) .

قال في « التحرير » : وحكى الماوردي والرويانى وجهين في لقطة عرفة ومسجد نمرة ؛ لأنه حل ، لكنه مجتمع الحاج ، ويدل للمنع حديث مسلم : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لقطة الحاج^(٣) . ولا يتعدى إلى منازلهم في الطريق ؛ لأنه ليس مجمع جميعهم ، قال : وفي سنن أبي داود من حديث علي بإسناد صحيح في حرم المدينة : « وَلَا تَلْتَقِطُ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمَنْ أَشَادَ بِهَا »^(٤) .

وذهب إليه شيخنا الإمام البلقيني ، وصرح الرويانى بخلافه ، والتمسك بالحديث أولى ، والله أعلم^(٥) .

* * *

(١) الشرح الكبير (٣٧١ / ٦) .

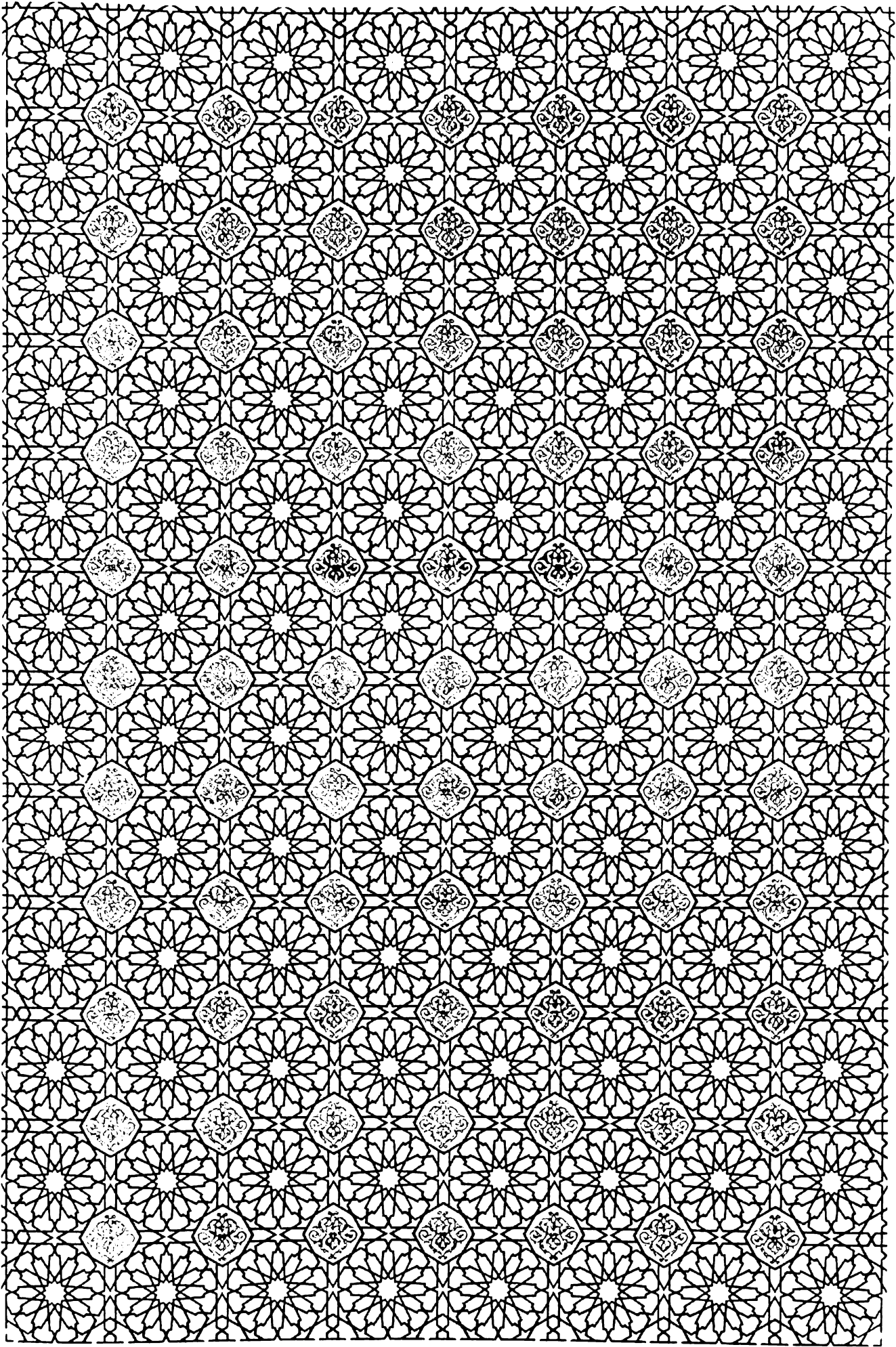
(٢) روضة الطالبين (٤٧٧ / ٤) .

(٣) صحيح مسلم (١٧٢٤) عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي رضي الله عنه .

(٤) سنن أبي داود (٢٠٣٥) .

(٥) تحرير الفتاوى (٣٧١ / ٢) .

كتاب اللقيط



كِتَابُ اللَّقِيطِ

التَّقَاطُ الْمَنْبُودُ فَرَضُ كِفَايَةٍ ، وَيَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ ،

(كِتَابُ اللَّقِيطِ)

(التقاط المنبوذ فرض كفاية) أي : صيانة للنفس المحترمة عن الهلاك ، إن قام به واحد . . سقط عن الباقيين ، وإن لم يقم به أحد . . أثموا كلهم ، وكما يجب إنقاذ الغريق أو من يحضره سبع . . فعلى كل من علم بحاله خلاصه ، فلو لم يعلم به إلا واحد . . وجب عليه أخذه ، وله أن يسلمه إلى القاضي على الصحيح ، ولا يجوز له بعد أخذه رده إلى مكانه بلا خلاف ؛ لأنه إهلاك له .

والتقاط المنبوذ من التعاون على البر الذي أمر الله تعالى به ، حيث قال : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة : ٢] .

والالتقاط : الأخذ ، وهو مشترك بحسب اللغة بين اللقيط واللقطة ، وهو في الشرع في هذا الباب : أخذ صبي لا كافل له .

والأصح : أنه لا فرق بين المميز وغيره .

والمنبوذ : اسم مفعول من النَّبَذَ ، وهو : الطرح ، يقال له : منبوذ ، ولقيط ، وملقوط .

ومن وجد في مضیعة وله كافل . . وجب رده إليه ، وليس بلقيط ، والبالغ المجنون في ذلك كالصبي .

قوله : (ويجب الإشهاد عليه في الأصح) أي : عند الالتقاط ؛ لأنه يحتاج إلى حفظ الحرية والنسب ، فوجب الإشهاد ؛ كما في النكاح .

وَأِنَّمَا تَثْبُتُ وَلَايَةُ الْاَلْتِقَاطِ لِمُكَلَّفٍ مُسْلِمٍ حُرٍّ عَدْلٍ رَشِيدٍ .

والخلاف طريقان ؛ أحدهما : القطع بالوجوب ، ولا يثبت له ولاية الحضانة ما لم يشهد .

والنص في اللقيط على الوجوب ، وفي اللقطة على الاستحباب ، والصحيح : تقرير النصين .

والثانية على وجهين أو قولين بالنقل والتخريج ؛ أحدهما : يجب في اللقيط واللقطة ، والثاني : لا يجب فيهما .

أما من سَلَّمَ الحاكم له اللقيط . . فالإشهاد في حقه مستحب قطعاً ، ذكره الماوردي^(١) وغيره ، وفي « الروضة » و« أصلها » عن النص : أنه يشهد على مامع اللقيط^(٢) ، قال في « التحرير » : ونص « المختصر » صريح في الوجوب^(٣) .

قوله : (وإنما تثبت ولاية الالتقاط لمكلف مسلم حر^(٤) عدل رشيد) لأنه متى لم يكن كذلك . . لا يقوم بمصلحة اللقيط ، وليس أهلاً للولاية . واشتراط العدالة ذكره الرافعي^(٥) ، والذي ذكره غيره يقتضي الاكتفاء بالستر .

فمن ظاهره الأمانة إلا أنه لم يختبر . . لا ينزع من يده ، لكن يوكل به القاضي من يراقبه بحيث لا يدري ؛ كيلا يتأذى به ، فإذا وثق به . . صار

(١) الحاوي الكبير (٣٥٠/٩) .

(٢) روضة الطالبين (٤٨٣/٤-٤٨٤) ، الشرح الكبير (٣٧٩/٦) .

(٣) تحرير الفتاوي (٣٧٢/٢) ، مختصر المزني (ص : ١٩٤) .

(٤) وفي « المنهاج » المبطوع : (لمكلف حر مسلم) .

(٥) الشرح الكبير (٣٧٩/٦) .

وَلَوْ التَّقَطَّ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . . . انْتَزَعَ مِنْهُ ، فَإِنْ عَلِمَهُ فَأَقْرَهُ عِنْدَهُ ، أَوْ التَّقَطَّ بِإِذْنِهِ . . . فَالسَّيِّدُ الْمُلتَقِطُ .

كمعلوم العدالة ، وقبل ذلك لو أراد المسافرة به . . . منع وانتزع منه ؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه .

واشترط الإسلام إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه ، فإن كان محكوماً بكفره ؛ بأن وجد في دار الشرك الخالية عن المسلمين . . . فللكافر التقاطه ؛ لأنه أهل للولاء عليه .

وذكر الرشيد لإخراج المبذر ، فإنه ليس بمؤتمن شرعاً وإن كان عدلاً .
ولو قدّم الرشيد على العدالة . . . لكان أولى في الجمع بينهما ؛ لأنه قد يصدق الرشد على من هو مصلح لماله وهو لا يكفي هنا ، بل لا بد من العدالة ، ولو اقتصر عليها . . . كفى ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو التقط عبد بغير إذن سيده . . . انتزع منه) لأن الحضانة تبرع ، وليس أهلاً للتبرع .

قوله : (فإن علمه فأقره عنده ، أو التقط بإذنه . . . فالسيد الملتقط) أي : وهو نائبه في الأخذ والتربية ، وكذا إن أخذه السيد منه ، وهذا قبل الرفع إلى الحاكم ، أما بعده . . . فلا حق للسيد في كفالته ، ويدفعه الحاكم إلى من يراه ، قاله الماوردي^(١) .

والمكاتب إذا التقط بغير إذن السيد . . . انتزع منه ، وكذا بإذنه على المذهب .
وإذا التقط المبعوض في يوم نفسه . . . ففي استحقاقه الكفالة وجهان ، وعند عدم المهياة . . . هو كالعبد .

(١) الحاوي الكبير (٣٥٥ / ٩) .

وَلَوْ التَّقَطَّ صَبِيٌّ أَوْ فَاسِقٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ أَوْ كَافِرٌ مُسْلِمًا . . . انْتَزَعَ .
 وَلَوْ اَزْدَحَمَ اثْنَانِ عَلَى أَخْذِهِ . . . جَعَلَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ
 غَيْرِهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ فَالتَّقَطُّ . . . مُنِعَ الْآخَرُ مِنْ مُزَاحَمَتِهِ ، وَإِنْ التَّقَطُّ
 مَعًا وَهُمَا أَهْلٌ . . . فَلَا صَحْحُ : أَنَّهُ يُقَدَّمُ غَنِيٌّ عَلَى فَقِيرٍ ،

قوله : (ولو التقط صبي أو فاسق أو محجور عليه) أي : بالسفه (أو كافر
 مسلماً . . . انتزع) اتفق الأصحاب على ذلك ؛ لأن المقصود هنا الحضانة .

ولم يجروا القولين في انتزاع اللقطة من الفاسق والعبد ؛ لأن فيها معنى
 الاكتساب وهو لهما ، والحضانة ولاية .

قوله : (ولو ازدحم اثنان على أخذه . . . جعله الحاكم عند من يراه منهما أو
 من غيرهما) يعني : إذا قال كل واحدٍ منهما قبل الأخذ : أنا آخذه وأحضنه . .
 فالنظر للحاكم ؛ لأنه لا حق لهما قبل الأخذ فيفعل الأخطأ له .

قوله : (وإن سبق واحد فالتقطه . . . منع الآخر من مزاحمته) لقوله صلى الله
 عليه وسلم : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يُسْبَقْ إِلَيْهِ . . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(١) .

واحترز بقوله : (فالتقطه) : عما لو سبقه إلى الوقوف عنده . . فلا حق له
 في الأصح .

قوله : (وإن التقطاه معاً وهما أهل . . . فلاصح : أنه يقدم غني على فقير)
 لأن الفقير لا يتفرغ للحضانة ، ولأن الغني قد يؤثره بماله ويواسيه .

وعلى هذا : لو تفاوتوا في الغنى . . لا يقدم بكثرة المال على الأصح عند
 المصنف^(٢) .

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧١) ، والبيهقي في « الكبير » (١١٨٩٧) ، والطبراني في « المعجم

الكبير » (٢٢٧/١) عن أسمر بن مضر رضي الله عنه .

(٢) روضة الطالبين (٤٨٦/٤) .

وَعَدْلٌ عَلَى مَسْتُورٍ ، فَإِنْ اسْتَوَيَا . . أُقْرِعَ .
وَإِذَا وَجَدَ بَلَدِي لَقِيطاً بَيْلِدٍ . . فَلَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَادِيَةٍ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ
نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ،

والثاني : لا يقدم الغني على الفقير بل يستويان ؛ لأن الفقير أهل .
قوله : (وعدل على مستور) قطع به الشيخ أبو محمد ؛ احتياطاً للصبي ،
والثاني : هما سواء .

واعلم : أن المستور أيضاً عدل ، لكن ظاهراً ، وهو : من علم عدم
فسقه ، ولم يعلم حاله بالتزكية عند الحاكم ، فإن علم . . فهو العدل باطناً .
قوله : (فإن استويا . . أقرع) نص عليه^(١) ؛ كالزوج يسافر بإحدى
زوجاته ، فإنه يقرع .

وكلام المصنف^(٢) يقتضي أنهما : متى استويا في الغنى والعدالة . . أقرع ؛
لأنه لم يعتبر غيرهما ، وقيل : يجتهد القاضي فمن رآه خيراً للقيط . . أقره في
يده ، فإن ترك أحدهما حقه للآخر قبل القرعة . . جاز في الأصح ، وليس
للقارع ترك حقه للآخر ، خلافاً للماوردي^(٣) .

قوله : (وإذا وجد بلدي لقيطاً بيلد . . فليس له نقله إلى بادية) لخشونة
عيشهم ، ولأن ظهور نسبه بموضع التقاط أغلب ، وكذا لا يجوز نقله من البلد
إلى القرى .

قوله : (والأصح : أن له) أي : للملتقط (نقله إلى بلد آخر) لأن معيشة
البلدان متقاربة ، وهذا هو المنصوص .

(١) مختصر المزني (ص : ١٩٤) .

(٢) أي : في المتن .

(٣) الحاوي الكبير (٣٥٢/٩ - ٣٥٣) .

وَأَنَّ لِلْغَرِيبِ إِذَا التَّقَطَ بِلَدٍ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى بَلَدِهِ ، وَإِنْ وَجَدَهُ فِي بَادِيَةٍ . . فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَلَدٍ ، وَإِنْ وَجَدَهُ بَدَوِيٍّ بِلَدٍ . . فَكَالْحَضْرِيِّ ،

والثاني : ليس له ذلك ؛ رعايةً لأمر النسب .

وشرط الجواز : أمن الطريق ، وأن تكون أخباره متواصلةً ، فلو كانت الطريق مخوفة أو بحيث تنقطع أخباره . . لم يجز قولاً واحداً .

ولم يفرق الجمهور بين مسافة القصر ودونها ، وقطع الماوردي فيما دون يوم وليلة بالجواز ، وجعل الخلاف فيما زاد عليهما^(١) .

قوله : (وأن للغريب إذا التقط ببلد أن ينقله إلى بلده) أي : إذا عرفت أمانته لتقارب المعيشة .

والثاني : لا ؛ لأجل النسب ، فإن لم تعرف أمانته . . فلا يقر في يده قولاً واحداً .

قوله : (وإن وجدته في بادية^(٢) . . فله نقله إلى بلدٍ) .

اعلم : أنه إذا وجد الحضري اللقيط في البادية ؛ فإن كان في مهلكة . . فلا بد من النقل بلا خلاف ، وللملتقط أن يتوجه إلى مقصده ، ويذهب به إليه ، وإن كان في حلة أو قبيلة . . فله نقله إلى البلد والقرية على المذهب ، وعن القاضي حسين : أنه على وجهين ، ولو أقام هناك . . أقر في يده لا محالة ، فإطلاق المصنف صحيح .

قوله : (وإن وجدته بدوي ببلد . . فكالحضري) أي : فإن أراد الإقامة في البلد . . أقر في يده ، وإن أراد نقله إلى البادية . . نزع منه ، أو إلى قرية أو بلدة

(١) الحاوي الكبير (٣٥٤ / ٩) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (بادية) .

أَوْ بِيَادِيَةٍ . . أَقْرَبِيْدِهِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلنُّجْعَةِ . . لَمْ يُقَرَّرَ .
وَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ الْعَامِّ ؛ كَوَقْفٍ عَلَى اللَّقْطَاءِ ، أَوْ الْخَاصِّ ، وَهُوَ :
مَا اخْتَصَّ بِهِ ؛ كَثِيَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ وَمَفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ وَمَا فِي جَيْبِهِ ؛ مِنْ دَرَاهِمَ
وغيرها ومهده ودنانير منشورة فوقه وتحتة .

أخرى . . فعلى الوجهين في الحضري .

قوله : (أَوْ بِيَادِيَةٍ . . أَقْرَبِيْدِهِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلنُّجْعَةِ . . لَمْ
يَقَر) يعني : إِنْ كَانَ مَقِيمًا فِي الْبَادِيَةِ فِي مَوْضِع رَاتِبٍ فِي حَلَّةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ . . أَقْرَبِيْدِهِ
فِي يَدِهِ بِلَا خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهَا فِي حَقِّهِ كَالْحَاضِرَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَقِيمًا ، بَلْ مِمَّنْ
يَنْتَجِعُ . . فَكَذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ ^(١) .

والثاني : لَا يَقَر ؛ لِمَا فِي الْإِنْتِقَالِ مِنَ الْمَشَقَّةِ .

والنُّجْعَةُ تَقْدُمُ تَفْسِيرَهَا ^(٢) .

قوله : (وَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ الْعَامِّ ؛ كَوَقْفٍ عَلَى اللَّقْطَاءِ) أَيِ : وَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ ،
وَتَجَوَّزَ بِإِضَافَةِ الْمَالِ إِلَيْهِ ^(٣) ، وَمُرَادُهُ : اسْتِحْقَاقُهُ بِعُمُومِ كَوْنِهِ لَقِيطًا ، وَقَدْ
يُوقَفُ فِي لَقِيطٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ يُوَهَّبُ لَهُ ، أَوْ يُوصَى لَهُ ، وَكَذَا جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ ،
وَيَقْبَلُ الْحَاكِمُ عَنْهُ الْهَبَةَ وَالْوَصِيَّةَ ، وَكَذَا الْوَقْفُ إِنْ شَرَطْنَا قَبُولَ الْمُعَيَّنِ .

قوله : (أَوْ الْخَاصِّ ، وَهُوَ : مَا اخْتَصَّ بِهِ ؛ كَثِيَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ ،
وَمَفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ ، وَمَا فِي جَيْبِهِ ؛ مِنْ دَرَاهِمَ وَغَيْرِهَا وَمَهْدَةٍ ، وَدَنَانِيرَ مُنْشُورَةٍ فَوْقَهُ
وَتَحْتَهُ) الْمُرَادُ بِـ (الْخَاصِّ) : مَا هُوَ لَهُ حِينَ التَّقَاطُعِ ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ ، وَمِنْهُ

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٩٠) .

(٢) أَيِ : قَبِيلِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ مِنْ (كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ) .

(٣) عبارة « تحفة المحتاج » (٦ / ٦٢٣) : (وَإِضَافَةُ الْمَالِ الْعَامِّ إِلَيْهِ تَجَوَّزَ ؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةُ لِلْجِهَةِ الْعَامَّةِ وَلَيْسَ مُلْكُهُ) .

وَأِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ . فَهِيَ لَهُ .

أيضاً : ثيابه الملبوسة له ، وما غطي به ، وما شد عليه وعلى ثوبه ، أو دابة مشدودة عليه ، أو عنانها بيده ، أو كان راكبها ، فإن له يداً واختصاصاً ؛ كالبالغ ، والأصل : الحرية ، وأشار ابن المنذر إلى نقل الإجماع فيه^(١) .

والدنانير المضمنة تحت فراشه له على الأصح ؛ كالتي فوق الفراش ، وإطلاق المصنف يشملها .

قوله : (وإن وجد في دارٍ . فهي له) أي : إذا لم يكن فيها غيره ، قال السبكي : ولم يتعرضوا لما إذا كان فيها غيره هل يكون بعضها له ، أو يكون حصول غيره فيها مانعاً من ثبوت يده على شيء منها ؟ وذكره الزركشي غير ناسب له ، وقال : الظاهر : الأول ، فعلى هذا : لو وجد فيها منبوزان . . كانت لهما .

قال : وقد قالوا - يعني : الرافعي والنووي - : لو كانت الدابة مشدودة باللقيط وعليها راكب ، قال ابن كج : هي بينهما ، وأقراه^(٢) ، لكن ذكر الرافعي في آخر (الصلح) في القائد للدابة عليها راكب : أن اليد للراكب على الصحيح^(٣) .

وقياسه هنا : عدم المشاركة ، فإن اللقيط ليس فوق القائد . انتهى

وكذلك الخيمة ، وفي البستان والضيعة وجهان في « الحاوي »^(٤) قاله السبكي ، قال : ونقل الرافعي الوجهين في البستان^(٥) ، وزاد في « الروضة » : أن صاحب « المستظهري » طردهما في الضيعة ، قال : وهو

(١) الإجماع (ص : ٩٢) .

(٢) الشرح الكبير (٣٩٠/٦) ، روضة الطالبين (٤٩١/٤) .

(٣) الشرح الكبير (١٢٠/٥) .

(٤) الحاوي الكبير (٣٤٨/٩) .

(٥) الشرح الكبير (٣٨٩/٦) .

وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ وَكَذَا ثِيَابٌ وَأَمْتَعَةٌ مَوْضُوعَةٌ بِقُرْبِهِ فِي الْأَصَحِّ .

بعيد ، وينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها^(١) .

قوله : (وليس له مال مدفون تحته) لأن الكبير لو كان جالسا على أرض تحتها دفين . . لم يحكم له بملكه ، كذا صرح به الماوردي^(٢) .

وإن كان عليه ضرب الإسلام . . فلقطة ، أو ضرب الجاهلية . . فركاز يملكه واجده ، وعليه خمس .

فلو وجدت معه رقعة فيها : أن تحته دفينا له . . فالموافق لكلام الأكثرين : أنه لا أثر لها ؛ كما أفهمه إطلاقه ، وصحح الغزالي : أنه له بقرينة المكتوب^(٣) .

قوله : (وكذا ثياب وأمتعة موضوعة بقربه في الأصح) يعني : لا يجعل له ؛ لأن يده إنما تثبت على ما اتصل به .

والثاني : له ؛ لأن مثل هذا يثبت اليد والاختصاص للبالغ .

ومحل الخلاف في موضع منقطع قليل المارة ، فإن كثر طارقوه . . فهو لقطته ، قاله الماوردي^(٤) .

قال السبكي : ولم يتعرضوا لضبط القرب ، والمحال عليه فيه العرف .

قال : وصورته في الدفين والأمتعة القريبة : إذا لم يحكم له بالمكان ؛ كصحراء وشارع ومسجد ، فإن كان ؛ كدارٍ ونحوها . . حكمنا بها له ، فإطلاقهم في (باب الركاز) يقتضي : أنه له ، قال في « التحرير » : وسبقه

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٩٠) .

(٢) الحاوي الكبير (٩ / ٣٤٨) .

(٣) الوسيط (٢ / ٤٢٧) .

(٤) الحاوي الكبير (٩ / ٣٤٨) .

فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ . . . فَلَا ظَهْرُ : أَنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ،

إلى هذا النووي في « نكته »^(١) .

قوله : (فإن لم يعرف له مال) أي : لا بالخصوص ولا بالعموم (. . . .)
فالأظهر : أنه ينفق عليه من بيت المال (أي : من سهم المصالح ، سواء كان
محكوماً بإسلامه أو كفره على الأصح ؛ لأن سُنَيْنًا أبا جميلة وجد منبوزاً في
خلافة عمر رضي الله عنه ، فقال : (اذهب به فهو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينا
نفقته) . وأصله بسند البخاري^(٢) وفي رواية الطبراني : (ونفقته من بيت
المال)^(٣) .

وقضى به بمحضر الصحابة فكان إجماعاً ، ولأن البالغ المعسر ينفق عليه
من بيت المال فاللقيط العاجز أولى .

والثاني : لا ؛ لأن مال بيت المال يصرف إلى ما لا وجه له سواء ، واللقيط
يجوز أن يكون رقيقاً ، فنفقته على سيده ، أو حرّاً له مال أو قريب . . فنفقته في
ماله أو على قريبه ، فعلى هذا : يستقرض الإمام لنفقته من بيت المال ، أو من
واحد من الناس .

فإن لم يكن في بيت المال شيء ولم يقرض أحد . . جمع الإمام أهل الثروة
من البلد وقَسَطَ عليهم نفقته ، ويجعل نفسه منهم إن كان موسراً ، ثم إن بان
رقيقاً . . رجعوا على سيده ، وإن بان حرّاً وله مال أو قريب . . فالرجوع عليه ،
كذا قاله الرافعي^(٤) .

(١) تحرير الفتاوي (٣٧٦ / ٢) .

(٢) صحيح البخاري قبل رقم (٢٦٦٢) وأخرجه مالك في « الموطأ » (١٤٩١) ، والبيهقي
« الكبير » (١٢٢٦١) .

(٣) المعجم الكبير (٦٤٩٩) .

(٤) الشرح الكبير (٣٩١ / ٦) .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . قَامَ الْمُسْلِمُونَ بِكَفَايَتِهِ قَرْضاً ، وَفِي قَوْلٍ : نَفَقَةٌ .
وَلِلْمُلْتَظِّطِ الْاِسْتِقْلَالَ بِحِفْظِ مَالِهِ فِي الْأَصَحِّ ،

واستغرب المصنف ذكر القريب ؛ لأن نفقته تسقط بمضي الزمان^(١) .
قال السبكي : وقد صرح به الماوردي^(٢) ، وأجاب بأن هذه صارت ديناً
بالإقراض .

وإن بان حراً لا قريب له ولا مال ولا كسب . . قضى الإمام حقهم من سهم
الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما يراه .

قوله : (فإن لم يكن . . قام المسلمون بكفايته قرضاً ، وفي قولٍ : نفقة)
يعني : فإذا لم يكن في بيت المال شيء ، أو كان هناك ما هو أهم . . قام
المسلمون بكفايته ، ولم يجز لهم تضييعه ، والأظهر : أنه قرض يرجعون به ؛
كما يبذل الطعام للمضطر بالعوض .

والثاني : أنه نفقة ؛ لأنه محتاج عاجز ، فأشبهه المجنون والفقير الزمن .
وعلى الأول : إن لم يتيسر الاستقراض . . قَسَّطَ الإمامُ نفقته على
الموسرين ، والرجوع كما سبق^(٣) .

قوله : (وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله في الأصح) لأنه مستقل بحفظ
المالك ، وهو أولى به من القاضي ، فكان أولى بحفظ ماله .

والثاني : لا ، بل يحتاج إلى إذن القاضي ؛ لأن إثبات اليد على المال
يحتاج إلى ولاية عامة أو خاصة ، ولا ولاية للملتقط .

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٩١ - ٤٩٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٩ / ٣٥١) .

(٣) أي : آنفاً قبل المتن السابق .

وَلَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي قَطْعاً .

فصل

إِذَا وَجِدَ لَقِيطٌ بَدَارَ الْإِسْلَامِ وَفِيهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ ، أَوْ بَدَارٍ فَتَحُوها وَأَقْرُوها بِيَدِ كُفَّارٍ صُلْحاً أَوْ بَعْدَ مِلْكِهَا بِجَزِيَّةٍ وَفِيهَا مُسْلِمٌ . . حُكْمٌ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ .

قوله : (ولا ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي قطعاً) أي : إذا أمكنت مراجعته ، سواء قلنا له الاستقلال بالحفظ ، أم لا ، فإذا راجعه . . أخذ المال وسلمه إلى أمين لينفق منه على اللقيط بالمعروف ، أو يصرفه إلى الملتقط يوماً فيوماً .

والأظهر : أنه يجوز أن يترك المال في يد الملتقط ، ويأذن له في الإنفاق منه ، فلو أنفق الملتقط بغير إذن . . ضمن ، ولم يكن له الرجوع على اللقيط ؛ كمن في يده وديعة ليتيم فأنفقها عليه .

وقوله : (قطعاً) ينفيه ما في « سلسلة الجويني » : أنه يستبد بالإنفاق من غير مراجعة الحاكم^(١) .

وإذا لم يمكن مراجعة القاضي . . فالأصح : أن الملتقط ينفق من مال اللقيط عليه بنفسه ويشهد ، فإن لم يشهد . . ضمن .

(فصل)

[في الحكم بإسلام اللقيط وغيره ، وكفرهما بالتبعية]

(إذا وجد لقيط بدار الإسلام وفيها أهل ذمة ، أو بدار فتحوها وأقروها بيد كفار صلحاً أو بعد ملكها بجزية وفيها مسلم . . حكم بإسلام اللقيط) لأنه إن كان المسلمون بها أكثر . . فالظاهر : أنه من أولادهم ، وإلا . . فيحتمل أن

(١) السلسلة في معرفة القولين والوجهين (٩٠١ / ٢) .

وَأِنْ وُجِدَ بِدَارٍ كُفَّارٍ . . فَكَافِرٌ إِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا مُسْلِمٌ ،

يكون منهم فيغلب حكم الإسلام .

قال الزركشي : حقه أن يقيده بإمكان أن يولد له ذلك اللقيط ، وإلا . . فهو كافر على الأصح .

وقد أطلق الأصحاب دار الإسلام على الثلاثة التي ذكرها المصنف ، لكن جعل في « الروضة » التي أقر الكفار فيها بالجزية أو الصلح ضرباً ، والثالث : دار كان المسلمون يسكنونها ، ثم جُلُّوا عنها وغلب عليها الكفار^(١) .

فإن لم يكن فيما أقر فيه الكفار أو غلبوا عليه مسلمٌ . . فالمشهور : أن اللقيط كافر ، وقيل : مسلم ؛ لجواز أن يكون فيها من يكتم إيمانه ، واختاره السبكي في الدار التي غلب عليها الكفار .

وقوله : (وفيها أهل ذمة) ليس بقيد ، بل المراد : وإن كان فيها أهل ذمة ؛ تغليبا للإسلام .

قوله : (وإن وجد بدار كفار . . فكافر إن لم يسكنها مسلم) نص عليه^(٢) ، واتفق الأصحاب عليه ، وإطلاقهم يقتضي أنه لا فرق بين أن يمر بها مسلمون أو لا ، وصرح به الغزالي^(٣) .

وقال الفوراني : لا فرق بين المجتاز والمقيم ، قال : فإن قال ذلك المسلم : ليس هذا الولد مني . . قبل قوله في نفي نسبه عنه ، دون إسلامه .

قال السبكي : واشتراط السكن يعارضه ، ويمكن الجمع بأن يقال : إن

(١) روضة الطالبين (٥٠٠ / ٤) .

(٢) مختصر المزني (ص : ١٩٤) .

(٣) الوسيط (٤٣٠ / ٢) .

وَإِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ ؛ كَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ . . فَمُسْلِمٌ فِي الْأَصَحِّ .
وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِالْدارِ فَأَقَامَ ذِمِّيَّ بَيِّنَةً بِنَسَبِهِ . . لِحَقِّهِ وَتَبِعُهُ فِي الْكُفْرِ ،
وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الدَّعْوَى . . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهُ فِي الْكُفْرِ ،

كان فيها مسلم ساكن . . فهو مسلم ، سواء أكان حاضراً عند الالتقاط أم لا ،
وإن لم يكن ساكناً ولكنه حاضر على سبيل المرور . . كان اللقيط مسلماً ، وإن
لم يكن مسلم حاضراً عند الالتقاط ولكنه قد مر قبل ذلك . . لم يكن لمروره
حكم ، واللقيط كافر .

والمراد بدار الكفر : ما استولى الكفار عليها من غير صلح ولا جزية ولم
يكن للمسلمين قبل ذلك .

قوله : (وَإِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ ؛ كَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ . . فَمُسْلِمٌ فِي الْأَصَحِّ)
للاحتمال ؛ تغليياً للإسلام .

والثاني : أنه كافر ؛ تبعاً للدار ، وقال الإمام : يشبه أن يكون الخلاف في
قوم ينتشرون في البلد ، وأما المحبوسون . . فيتجه أولاً يكون لهم أثر ؛ كما
لا أثر للعابرين من المسلمين^(١) .

قوله : (وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِالْدارِ فَأَقَامَ ذِمِّيَّ بَيِّنَةً بِنَسَبِهِ . . لِحَقِّهِ وَتَبِعُهُ فِي
الْكَفْرِ) لأن تبعية الدار ضعيفة ، فيرتفع بالبينة ما كنا نظنه بسبب الدار .

قوله : (وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الدَّعْوَى . . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهُ فِي الْكُفْرِ)
أي : بل يكون مسلماً ؛ لأننا حكمنا له بالإسلام فلا نغيّره بمجرد دعوى
الكافر ، وأيضاً يجوز أن يكون ولده من مسلمة ، وحينئذ لا يتبع الدين
النسب .

(١) نهاية المطلب (٥٣٤ / ٨) .

وَيُحَكِّمُ بِإِسْلَامِ الصَّبِيِّ بِجِهَتَيْنِ أُخْرَيْنِ لَا تُفَرِّضَانِ فِي لَقِيطٍ : إِحْدَاهُمَا :
الْوِلَادَةُ ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبْوَيْهِ مُسْلِمًا وَقَتَ الْعُلُوقِ .. فَهُوَ مُسْلِمٌ ،

والثانية^(١) على قولين ؛ أظهرهما : هذا ، والثاني : أنه يحكم بكفره ؛
لأنه يلحقه بالاستلحاق ، وإذا ثبت نسبه .. تبعه في الدين ؛ كما إذا قامت البينة
على النسب .

ثم إذا بلغ ووصف الكفر ؛ فإن قلنا : يتبعه في الكفر .. يقرّر ، ولكنه يهدّد
ويخوّف أولاً ، فلعله يسلم ، وإن قلنا : لا يتبعه .. ففي تقريره ما سيأتي^(٢) .

قال الزركشي : وخص الماوردي الخلاف بما إذا استلحقه قبل أن يصدر
من اللقيط صلاة أو صوم ، وإلا .. لم يتبعه قطعاً .

فرع : إذا بلغ المحكوم بإسلامه بالدار وأفصح بالكفر .. فهو كافر أصلي
على المذهب ، وقيل : قولان ؛ كالمسلم تبعاً لأبيه أو للسابي ، وفي
« الكفاية » : أن للخلاف شرطين : أن يكون في الدار كفار ، فإن لم يكن فيها
كافر .. فهو محكوم بإسلامه باطناً وظاهراً ، فلا يُقرّر على كفره قطعاً ، وأن
يقول : لا أعلم دين أبي ولكن أختار الكفر^(٣) ، فإن زعم أن أباه كافر .. أقر
قطعاً .

قوله : (ويحكم بإسلام الصبي بجهتين أخريين لا تفرضان في لقيط ؛
إحدهما : الولادة ، فإذا كان أحد أبويه مسلماً وقت العلوق .. فهو مسلم)
للإجماع ، ولأنه جزء من مسلم .

(١) أي : الطريقة الثانية .

(٢) أي : آنفاً في قول المتن : (فإن بلغ ووصف كفراً .. فمرتد) .

(٣) كفاية النبيه (٥٠٣ / ١١) .

فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا.. فَمُرْتَدٌّ ، وَلَوْ عَلِقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا..
حُكْمَ بِإِسْلَامِهِ ، فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا.. فَمُرْتَدٌّ ،

قوله : (فإن بلغ ووصف كُفْرًا.. فمرتد) لا خلاف في الحكمين ، وهذه
التبعية أقوى التبقيات ، فهو كما لو باشر الإسلام بنفسه وهو مكلف .

قوله : (ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما.. حكم بإسلامه) يعني :
إذا أسلم أحدهما قبل بلوغ الولد ، سواء أكان جنيناً^(١) أم منفصلاً ، طفلاً أم
مميزاً ، فيحكم بإسلامه في الحال حتى يتعلق القصاص والدية بقتله ، ويورث
من قريبه المسلم ، ويحرم من قريبه الكافر ، ويجوز إعتاقه عن الظهار إن كان
رقيقاً .

قال الزركشي : والمراد بالكافرين : الأصلين ، فإن المتولد بين مرتدين
مسلم عند الرافي ، مرتد عند المصنف^(٢) ؛ كما سيأتي في (الردة) .
ولو ارتد أبواه بعد علوقه.. كان مسلماً بلا خلاف .

فرع : إذا أسلم الجد أو الجدة.. تبعه الطفل عند فقد الأبوين ، وكذا إن
كان أحدهما حياً في الأصح ، ونقل القاضي حسين : المنع عن المذهب ،
ورجحه ابن الرفعة^(٣) ، واختاره السبكي ، قال : وهذا في ولد وُجد قبل إسلام
الجد أو انعقد بعد إسلامه ؛ كما صرح به القاضي حسين ، وأما الحادث بعد
موت الجد.. ففيه احتمالان .

قوله : (فإن بلغ ووصف كُفْرًا.. فمرتد) كمن باشر الإسلام بنفسه ثم
ارتد .

(١) وفي (أ) : (أجنبياً) ؟!

(٢) المحرر (١٤٠٢/٣) ، منهاج الطالبين (ص : ٥٠٧) .

(٣) كفاية النبيه (٥٠١/١١) .

وَفِي قَوْلٍ : كَافِرٌ أَصْلِيٌّ .

الثَّانِيَّةُ : إِذَا سَبَى مُسْلِمٌ طِفْلاً . . تَبَعَ السَّابِي فِي الْإِسْلَامِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدٌ أَبَوَيْهِ ،

(وفي قول : كافر أصلي) لأنه كان محكوماً بكفره أولاً وأزلياً ذلك بطريق التبعية ، فإذا استقل . . انقطعت التبعية ، فوجب أن يعتبر بنفسه .

وعلى الأصح : لا ينقض شيئاً^(١) مما أمضيناه من حكم الإسلام .

ومحل الخلاف : ما إذا لم يصف الإسلام بعد البلوغ ، فإن وصفه ، ثم وصف كفوياً بعد ذلك . . فمرتد بلا خلاف ، قاله السبكي .

فرع : الصبي المحكوم بكفره إذا بلغ مجنوناً . . كالصغير في تبعية أحد أصوله في الإسلام ، وكذا إن بلغ عاقلاً ثم جنّ على الأصح .

قوله : (الثانية : إذا سبى مسلم طفلاً) أي : أو مجنوناً (. . تبع السابي في الإسلام إن لم يكن معه أحد أبويه) لأنه صار تحت ولايته ، وليس معه من هو أقرب إليه فتبعه كما تبع الأبوين .

قال السبكي : ولم أقف في المسألة على نص ولا إجماع ، وإن كان الشيخ أبو حامد ادعاه ؛ لأن جماعة من الأصحاب حكوا وجهاً : أنه لا يتبع السابي ، ونبه من « زوائده » على ضعفه وشذوذه ، وأن الصواب المقطوع به في كتب المذهب : الجزم بإسلامه^(٢) .

قال في « المحرر » : ولو كان معه أبواه أو أحدهما . . لم يتبع السابي^(٣) ،

(١) قوله : (شيئاً) كذا بالنصب في (أ) و (ب) .

(٢) روضة الطالبين (٤ / ٤٩٧ - ٤٩٨) .

(٣) المحرر (٢ / ٨٢٨) .

وَلَوْ سَبَّاهُ ذِمِّيٌّ . . لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ فِي الْأَصَحِّ .
وَلَا يَصِحُّ إِسْلَامُ صَبِيٍّ مُمَيَّزٍ اسْتِقْلَالاً عَلَى الصَّحِيحِ .

وأسقطه المصنف ؛ اكتفاء بالمفهوم ، قال في « الروضة » : معناه : أن يكونا في جيش واحدٍ وغنيمة واحدة ، ولا يشترط كونهما في ملك رجل^(١) .
قوله : (ولو سباه ذمي . . لم يحكم بإسلامه في الأصح) لأن أولاده كفره ، ودار الإسلام لم تؤثر فيهم ، فأولاد غيره إذا سباهم أولى .
والثاني : يحكم بإسلامه ؛ لأنه إذا سباه . . صار من أهل دار الإسلام ؛ لأن الذمي من أهلها فيحكم بإسلامه ؛ تبعاً للدار .

قال الزركشي : الخلاف فيما إذا سباه في جيش المسلمين ، فأما إذا سباه الذمي وحده . . فهو على دين سابه قطعاً ، صرح به الدارمي في (باب السير) .
فرع : حكم الصبي المحكوم بإسلامه تبعاً للسابي إذا بلغ . . حكم المحكوم بإسلامه تبعاً لأبويه إذا بلغ .

فرع : أورد السبكي كلاماً للحليمي ، وقال : يستفاد منه أنه إذا سبى الطفل ذميٍّ وحكمنا بعدم إسلامه في الأصح ، ثم سبى أبواه ثم أسلما . . لم يصر مسلماً بإسلامهما ، وهي مسألة حسنة ، يقال فيها : طفل محكوم بكفره أسلم أبواه ولم يتبعهما في الإسلام .

وعلى مقتضاها : لو أسلما من غير سبي . . لا يتبعهما في الإسلام ؛ لانفراده عنهما قبل الإسلام .

قوله : (ولا يصح إسلام صبي مميز استقلالاً على الصحيح) لأنه غير مكلفٍ فأشبهه غير المميز والمجنون .

(١) روضة الطالبين (٤ / ٤٩٩) .

فصل

إِذَا لَمْ يُقَرَّ اللَّقِيطُ بِرِقٍّ .. فَهُوَ حُرٌّ

وقيل : يصح ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم دعا علياً إلى الإسلام قبل بلوغه ، فأجابه^(١) .

قال الإمام : إنه الضعيف نقلاً ، القوي توجيهاً^(٢) ، قال : وقد صححوا إحرامه ، والفرق بينه وبين الإسلام عسر .

وقيل : يتوقف ، فإن بلغ واستمر على كلمة الإسلام . . تبينا كونه مسلماً من يومئذ ، وإن وصف الكفر . . تبينا أنه كان لغواً ، ويعبر عنه بالصحة ظاهراً لا باطناً .

وعلى الأصح : فالمنصوص : أنه يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار خيفة من أن يستدرجوه ، وطمعاً في أن يثبت بعد البلوغ على الإسلام .

فإن وصف الكفر بعد البلوغ . . هدد وطولب بالإسلام ، فإن أصر . . رد إليهم .

وفي هذه الحيلولة وجهان ؛ أشبههما : أنها مستحبة ، واختار السبكي : الوجوب .

(فصل)

[في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك]

(إذا لم يقر اللقيط برق .. فهو حر) لأن ظاهر حاله الحرية ، وهي الأصل ، ولأن الأحرار هم أهل الدار ، وكما يحكم بالإسلام بظاهر الدار يحكم بالحرية .

(١) أخرجه الحاكم (١١١/٣) ، والترمذي (٤٠٦٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وراجع « السنن الكبير » (٤١٢/٢) (باب من قال : يحكم بصحة إسلامه) .

(٢) نهاية المطلب (٥٢٣/٨) .

قال الرافعي : ومن الأصحاب من تردد في الإسلام بتبعية الدار ، وهو يجري في الحرية ، وهي أولى بالتردد من الإسلام^(١) ، وقال الإمام : يجزم بالحرية ما لم ينته الأمر إلى إلزام الغير شيئاً ، فإذا ، انتهى . . ترددنا ما لم يعترف الملتزم بحريته^(٢) ، فيحكم له بالملك فيما يصادفه في يده جزماً .

وإذا أتلفه عليه ، متلف . . أخذ بالضمان وصرفناه إليه ، وميراثه لبيت المال ، وأرشد جنايته في بيت المال إذا كانت خطأ .

وإن كانت عمداً وهو بالغ . . فعليه القصاص بشرطه ، وقبل البلوغ إن قلنا عمده عمد . . وجبت الدية مغلظة في ماله ، وإلا . . ففي ذمته ، وإن قلنا : خطأ . . وجبت مخففة في بيت المال .

والجناية عليه إن كانت خطأ على نفسه . . أخذت دية كاملة على ما صوبه المصنف ووضعت في بيت المال ، وعلى طرفه . . يستوفيه القاضي^(٣) .

وإن كانت عمداً في صغره . . وجب القصاص على الأظهر ، وقيل : قطعاً .

وإن قتل بعد البلوغ والإفصاح بالإسلام . . وجب القصاص قطعاً ، وقيل : على قولين .

وإن قتل بعد البلوغ قبل الإفصاح . . فعلى الخلاف فيما قبل البلوغ ، وقيل : لا يجب قطعاً .

وفي « المهمات » : أن كلام الرافعي صريح في أن الثانية كالأولى في

(١) الشرح الكبير (٦/٤٢٠) .

(٢) نهاية المطلب (٥٦٠/٠) .

(٣) روضة الطالبين (٤/٥٠٣) .

إِلَّا أَنْ يُقِيمَ أَحَدٌ بَيْنَهُ بَرِّقَهُ ،

الوجوب ، وقد حكى في تبعية الأبوين في الإسلام : أن التابع لأبويه إذا بلغ ووصف الكفر . . كان مرتداً على المشهور ، ثم قال : وفي وجوب القصاص بقتله قولان ؛ أظهرهما : لا يجب ؛ للشبهة وانقطاع التبعية ، فعدم الوجوب في المسلم تبعاً لأبويه إذا بلغ وسكت . . مناف للوجوب في المسلم تبعاً للدار إذا بلغ وسكت^(١) .

قال ابن العماد : الفرق بين المسألتين : ما أشار إليه الرافعي من انقطاع تبعية الأبوين بالبلوغ ، وأما تبعية الدار . . فلم يزل بالبلوغ ؛ لأن معناها أن خطاب الشرع بالإسلام قد توجه إلى اللقيط . انتهى

وإن كانت الجناية على الطرف . . وجب القصاص على المذهب ولو كان الجاني على النفس أو الطرف كافراً أو رقيقاً ؛ لأنه حق للمسلمين ، ولا يتصور رضاهم .

والمراد : إذا سرى الطرف إلى النفس ؛ لأنه إذا لم يسر . . لا يكون حقاً للمسلمين ، قاله ابن العماد .

فرع : يستوفي الإمام قصاص النفس إن رآه مصلحة ، وإلا . . عدل إلى الدية ، وليس له العفو مجاناً ، وقصاص الطرف يستوفيه البالغ العاقل ، وإلا . . فليس للإمام استيفاؤه على المذهب ، ويأخذ الأرض إن كان المجني عليه مجنوناً فقيراً ، وإن كان صبيّاً غنياً . . فلا ، وإن كان مجنوناً غنياً ، أو صبيّاً فقيراً . . فالأصح : المنع ، ويحبس الجاني إلى البلوغ والإفاقة .

قوله : (إلا أن يقيم أحد بينه برقه) أي : فيعمل بها ؛ كما سيأتي^(٢) .

(١) المهمات (٦/٣٠٦-٣٠٧) .

(٢) أي : آنفاً في قول المتن : (ومن أقام بينه برقه . . عمل به) .

وإن أقرَّ به لِشَخْصٍ فَصَدَّقَهُ.. قِيلَ إِنَّ لَمْ يَسْبِقْ إِقْرَارُهُ بِحُرِّيَّةٍ ، وَالْمَذْهَبُ :
 أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ إِلَّا يَسْبِقَ تَصَرُّفٌ يَقْتَضِي نَفُوذَهُ حُرِّيَّةً ؛ كَبَيْعٍ وَنِكَاحٍ ، بَلْ يُقْبَلُ
 إِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ الرِّقِّ وَأَحْكَامِهِ الْمُسْتَقْبَلَةِ لَا الْمَاضِيَةِ الْمُضِرَّةِ بغيرِهِ فِي
 الْأَظْهَرِ ،

قوله : (وإن أقر به) أي : بالرق (لشخص) أي : وهو بالغ عاقل
 (فصدقه.. قبل إن لم يسبق إقراره بحرية) أي : كسائر الأقارير ، نص
 عليه^(١) ، وفي قول : لا يقبل ؛ لأنه محكوم بحريته بالدار فلا ينقض بإقراره .

واحترز بقوله : (إن لم يسبق) : عما إذا سبق إقراره بالحرية.. فلا يقبل
 إقراره بالرق بعده على الأصح المنصوص ؛ لأنه بالإقرار الأول التزم أحكام
 الأحرار في العبادات وغيرها فلم يملك إسقاطها ، وقيل : يقبل .

ولو لم يسبق إقراره بحرية ولكن كذبه المقر له بالرق.. لم يثبت الرق ، ولو
 عاد بعد ذلك وصدقه.. لم يلتفت إليه ؛ لأنه لما كذبه.. ثبتت حريته
 بالأصل ، فلا يعود رقيقاً .

ولو أقر بالرق لزيد فكذبه ، فأقر لعمره.. فالمذهب المنصوص : أنه
 لا يقبل .

قوله : (والمذهب : أنه لا يشترط ألا يسبق تصرف يقتضي نفوذه حرية ؛
 كبيع ونكاح ، بل يقبل إقراره في أصل الرق وأحكامه المستقبلية ، لا الماضية
 المضرة بغيره في الأظهر) يعني : إذا سبقت تصرفات تستدعي نفوذها الحرية ؛
 من بيع ونكاح وغيرهما ، ثم أقر بالرق.. فأصح الطريقتين : القطع بقبول أصل
 الإقرار ، وثبوت حكم الأرقاء له في المستقبل مطلقاً .

(١) مختصر المزني (ص : ١٩٤) .

.....

وفي التصرفات السابقة قولان ؛ أظهرهما : أنه لا يقبل فيما يضر بغيره ،
ويقبل فيما يضر به ؛ كما لو أقر بمال على نفسه وعلى غيره .. يقبل عليه
ولا يقبل على غيره .

فعلى الأظهر : إذا بلغ الذكر ونكح ، ثم أقر بالرق .. ينفسخ النكاح ويجب
عليه المهر ، نصفه إن لم يدخل ، وجميعه إن دخل مما في يده أو من كسبه ،
وإلا .. ففي ذمته .

وإذا زوج الحاكم الأنثى على الحرية ثم أقرت بالرق .. لا ينفسخ ، سواء
كان الزوج ممن يحل له نكاح الإماء ، أو لا ؛ كما صححه المصنف^(١) .

لكن للزوج الخيار ، فإن فسخ قبل الدخول .. فلا شيء عليه ، وبعده ..
يلزمه أقل الأمرين ؛ من المسمى ومهر المثل .

وإن أجاز .. لزمه المسمى إن دخل ، وإلا .. فلا يلزمه شيء على ما رجحه
المصنف^(٢) .

والأولاد الحاصلون قبل الإقرار أحرار ، ولا يلزم الزوج قيمتهم ، وبعده
أرقاء .

وإذا طلقها .. اعتدت بثلاثة أقرأ ، وله الرجعة في جميعها ، سواء سبق
الطلاق الإقرار أو تأخر على الصحيح إذا كان رجعياً ، وكذا إن كان بائناً على
الأصح .

وفي الوفاة تعتد عدة الإماء ، نص عليه ، سواء أقرت قبل الموت أو بعده .

(١) روضة الطالبين (٤/٥١٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٥١٤-٥١٥) .

فَلَوْ لَزِمَهُ دَيْنٌ فَأَقْرَبِرُقٌّ وَفِي يَدِهِ مَالٌ . . قُضِيَ مِنْهُ ،

وعلى الأظهر : لا يحكم ببطلان بيعه وشرائه قبل الإقرار ، فإن باع ولم يستوف الثمن . . استوفاه المقر له ، وإلا . . فلا شيء على المشتري ، وإن اشترى وسلم الثمن . . سلم المبيع للمقر له ، وإلا ؛ فإن كان في يده مال حين الإقرار . . سلم الثمن منه ، وإلا . . فيرجع البائع إلى عين ماله إن بقي ، وإلا . . ففي ذمة المقر حتى يعتق .

قوله : (فلو لزمه دين فأقر برق وفي يده مال . . قضى منه) أي : ولا يقبل إقراره فيه تفريعاً على الأظهر ؛ لكونه يضر بصاحب الدين ، فإن بقي من المال الذي في يده شيء . . فهو للمقر له ، وإن بقي من الدين شيء . . فهو في ذمته حتى يعتق .

أما إذا قلنا : يقبل إقراره مطلقاً . . فالمال الذي في يده كله يسلم للمقر له والديون في ذمته .

فرع : لا فرق بين أن يقر بالرق ابتداءً ، وأن يدعي رقه فيصدق المدعي ، ولو ادعى إنسان رقه فأنكره ثم أقر له . . فوجهان ، وفي « الروضة » : ينبغي أن يفصل ؛ فإن قال : لست بعبد . . لم يقبل إقراره بعده ، وإن قال : لست بعبدك . . فالأصح : القبول ؛ إذ لا يلزم من هذه الصيغة الحرية^(١) .

قال السبكي : وهو متعين ، واعترض في « المهمات » على ما في « الروضة »^(٢) .

وقال ابن العماد في « تعقبه » : والحاصل : أنه إن قال في الجواب : لست بعبد . . لم يقبل اعترافه ثانياً للمدعي ولا غيره ، وإن قال : لست بعبدك . . لم

(١) روضة الطالبين (٥١٨/٤) .

(٢) المهمات (٣١٤/٦) .

وَلَوْ ادَّعَى رِقَّهُ مَنْ لَيْسَ فِي يَدِهِ بِلَا بَيِّنَةٍ . . لَمْ يُقْبَلْ ، وَكَذَا إِنْ ادَّعَاهُ الْمُملْتَقِطُ فِي الْأَظْهَرِ .

وَلَوْ رَأَيْنَا صَغِيرًا مُمَيَّزًا أَوْ غَيْرَهُ فِي يَدٍ مَنْ يَسْتَرْقُّهُ وَلَمْ يُعْرِفْ اسْتِنَادُهَا إِلَى التَّقَاطِ . . يُحْكَمُ لَهُ بِالرَّقِّ ،

يقبل إقراره ثانياً للمدعي ويقبل لغيره .

قوله : (ولو ادعى رقه من ليس في يده بلا بينة . . لم يقبل) أي : بلا خلاف ؛ لأن الظاهر : الحرية فلا يترك إلا بحجة .

قوله : (وكذا إن ادعاه الملتقط في الأظهر) لأن الأصل : الحرية ، فلا يخالف بمجرد الدعوى ، ويد الملتقط لا تدل على الملك .

والثاني : يقبل ويحكم بالرق ؛ كما في غير يد الالتقاط ، وكما لو التقط مالا وادعى أنه له ولا منازع . . يقبل قوله حتى يجوز شراؤه منه .

والفرق على الأظهر : أن المال مملوك وليس في دعواه تغيير صفة المال ، واللقيط حر ظاهراً ، وفي دعواه تغيير هذه الصفة .

وجعل الماوردي محل الخلاف : ما إذا ادعاه قبل التقاطه^(١) ، فإن ادعاه بعده . . لم يقبل قطعاً .

قوله : (ولو رأينا صغيراً مميزاً أو غيره في يد من يسترقه ، ولم يعرف استنادها إلى التقاط . . يحكم له^(٢) بالرق) أي : إذا ادعاه ؛ لأن الظاهر : أن من هو في يده وهو يتصرف فيه تصرف السادات في العبيد . . مالك له ، وهذا هو الأصح .

(١) الحاوي الكبير (٣٧٦/٩) .

(٢) قول المتن : (يحكم) كذا في (أ) و (ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (حكم) .

فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ : أَنَا حُرٌّ . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بَيِّنَةً .
وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بَرِّقَهُ . . عُمِلَ بِهَا ،
.....

وقيل : لا يقبل إلا بالبينة وإن لم يكن في يده عن التقاط .
قال السبكي : وظاهر هذا يشمل ما إذا كان مميزاً أو غير مميز ، عرف أن
يده عن غير التقاط ، أم لم يعرف .
وعلى الأصح : لا فرق بين أن يكون مقراً أو منكراً ، لكن يحلف المدعي
وجوباً على المنصوص .

قوله : (فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ : أَنَا حُرٌّ . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بَيِّنَةً) لأنه
محكوم برقه في حال الصغر ، فلا يرفع ذلك الحكم إلا بحجة ، لكن له تحليف
السيد وإقامة البينة على حرته .

والثاني : يقبل قوله إلا أن يقيم مدعي الرق بينة على رقه ؛ كما لو ادعى
مدّع رق بالغ .

فرع : رأى صغيراً في يد إنسان يأمره وينهاه ويستخدمه . . فالأصح عند
المصنف : أنه إن سمعه يقول : هو عبدي ، أو سمع الناس يقولون : إنه
عبده . . شهد له بالملك ، وإلا . . فلا^(١) .

ولو كانت صغيرة في يد إنسان يدعي نكاحها ، فبلغت وأنكرت . . احتاج
المدعي إلى البينة ، والأصح : أنه لا يحكم في صغرها بالنكاح .
والفرق : أن اليد في الجملة دالة على الملك بخلاف النكاح .

قوله : (وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بَرِّقَهُ . . عُمِلَ بِهَا) أي : سواء أكان هو الملتقط أم
غيره ممن هو في يده وممن ليس في يده ، فتنقض التصرفات المستدعية

(١) روضة الطالبين (٥١٠ / ٤) .

وَيُشْتَرَطُ : أَنْ تَتَعَرَّضَ الْبَيِّنَةُ لِسَبَبِ الْمَلِكِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَكْفِي مُطْلَقُ الْمَلِكِ .

وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ . . لِحَقِّهِ

للحرية ؛ كالبيع والنكاح ، ويسترد ما قبضه من زكاة أو ميراث ، وما أنفق عليه من بيت المال ، وتباع رقبته فيها .

قوله : (ويشترط أن تتعرض البينة لسبب الملك ، وفي قول : يكفي مطلق الملك) إذا احتاج مدعي الرق إلى البينة . . ففي الاكتفاء بها على الرق أو الملك مطلقاً قولان ؛ أظهرهما : لا يكتفى بها ؛ لأنه لا يؤمن أن يكون اعتماد الشاهد على ظاهر اليد وتكون اليد التقاط ، وإذا احتمل ذلك . . فاللقيط محكوم بحريته بظاهر الدار ، فلا يزال ذلك الظاهر إلا عن تحقيق .

والثاني : يكفي مطلق الملك ؛ قياساً على الملك في دار أو دابة وغيرهما من الأموال .

فعلى الأول : يشترط تعرض الشهود لسبب الملك ؛ من إرث أو شراء أو اتهام أو سبي ، أو يشهدوا أن أمته ولدته مملوكاً له ، وإن اقتصرُوا على أن أمته ولدته أو أنه ولد أمته . . فالأظهر : أنه لا يكفي ؛ لأن المقصود العلم بأن شهادتهم لم تستند إلى ظاهر اليد ، وقد حصل الغرض ، وعلى القولين في الأصل : تقبل هذه الشهادة من رجل وامرأتين ؛ لأن الغرض إثبات الملك .

وإذا اكتفينا بالشهادة على أنه ولدته أمته . . فتقبل من أربع نسوة ؛ لأنها شهادة على الولادة ، ثم يثبت الملك في ضمنها كما يثبت النسب في ضمنها ، وعن النص : أنه يحلف مع البينة أنه كان في يده رقيقاً ، وفي وجوبه وجهان ، أصحهما : نعم .

قوله : (ولو استلحق اللقيط حر مسلم . . لحقه) لأنه أقر له بحق ، فأشبهه

وَصَارَ أَوْلَىٰ بِتَرْبِيَّتِهِ ، وَإِنْ اسْتَلْحَقَّهُ عَبْدٌ . لِحَقِّهِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُشْتَرَطُ
تَصَدِيقُ سَيِّدِهِ ،

ما لو أقر له بمالٍ ، وأيضاً فإن إقامة البينة على النسب مما يعسر ، ولو لم يثبت به بالاستلحاق . . لضاع كثير من الأنساب ، ويثبت ذلك بمجرد دعواه من غير بينة ولا يمين ، سواء أكان رشيداً أم سفيهاً ، ملتقطاً أم غيره ، ولكن يستحب أن يقال للملتقط : من أين هو لك ؟ فربما يتوهم أن الالتقاط يفيد النسب .

وقوله : (مسلم) ليس لكون الكافر لا يستلحق اللقيط المحكوم بكفره ، وإنما ذكره في لقيط محكوم بإسلامه .

ولو مات الطفل . . ورثه مستلحقه ؛ كما يرثه الطفل لو كان هو الميت ، وادعى الإمام الإجماع عليه^(١) .

ولو كان الصبي مميزاً وكذبه . . قال ابن الرفعة : يظهر أن يكون فيه الخلاف فيما إذا كذب المميز مدعي رقه الذي هو في يده ، والأصح : أنه لا أثر له .

قوله : (وصار أولى بتربيته) أي : أحق به من الملتقط فإن كفالة الأجنبي ؛ للضياع ، وقد زال بوجود الأب .

قوله : (وإن استلحقه عبد . . لحقه) لأن العبد كالحر في النسب ؛ لإمكان العلوق منه ، والمراد : لحوقه في النسب مع الحكم بحريته ، إلا أن تقوم بينة بخلافه ، قاله ابن كج والماوردي^(٢) ، نقله الزركشي .

قوله : (وفي قولٍ : يشترط تصديق سيده) لئلا يضر به بسبب انقطاع الميراث عنه لو أعتقه ، ويجري الخلاف فيما إذا أقر العبد بأخ أو عم ، وفيما إذا استلحق حرٌّ عبد غيره وهو بالغ فصدقه ، وإذا صححنا استلحاق العبد . .

(١) نهاية المطلب (٥٤٧ / ٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٦٨ / ٩) .

وَإِنْ اسْتَلْحَقَّتْهُ امْرَأَةٌ . . لَمْ يَلْحَقْهَا فِي الْأَصْحَ ،

فلا يسلم اللقيط له ؛ لأنه لا يتفرغ لحضائته وتربيته ، ولا نفقة عليه ؛ لأنه لا مال له .

قوله : (وإن استلحقته امرأة . . لم يلحقها في الأصح) سواء أكانت ذات زوج أم لا ؛ لأنه يمكنها إقامة البينة على الولادة^(١) ، والرجل لا يمكنه ، ولأنها إذا أقرت بالنسب . . كأنها تقر بحق عليها ، وعلى غيرها إذا كانت مزوجة ، وبطل إقرارها في حق الزوج فيبطل الجميع ؛ لأن الإقرار الواحد إذا بطل بعضه بطل كله .

والثاني : يقبل ويلحقها ، سواء أكانت ذات زوج أم لا ؛ لأنها أحد الأبوين وأولى بذلك .

والثالث : يلحق الخلية دون المزوجة ؛ لتعذر الإلحاق بها دونه ، وإذا قبلنا استلحاقها ولها زوج . . فالمذهب : أنه لا يلحقه ؛ لأنه يحتمل أنها ولدته من وطء شبهة أو زوج آخر ، فصار كما لو استلحق الرجل وله زوجة . . فإنه لا يلحقها ، قاله الزركشي .

وليس المراد بالزوج : أن تكون في عصمته ، بل كونها فراشاً لشخص لو ثبت نسب اللقيط منها بالبينة . . لِلْحَقِّ^(٢) صاحب الفراش ، سواء كانت في عصمته أو في العدة ، حكاها في « الكفاية » عن البندنجي^(٣) .

واستلحاق الأمة كالحررة إذا جوزنا استلحاق العبد ، فإن قبلناه . . حكى البغوي في الحكم برق الولد لمولاه وجهين^(٤) ، وقطع ابن الصباغ والمتولي

(١) أي : بالمشاهدة ؛ كما في « تحفة المحتاج » (٦ / ٦٤٩) .

(٢) وفي (أ) : (لِحَقَّ) .

(٣) كفاية النبيه (١١ / ٤٨٦) .

(٤) التهذيب (٤ / ٥٧٧) .

أَوْ اثْنَانِ . . لَمْ يُقَدِّمَ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَعَبْدٌ .
فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ . . عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ فَيَلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَهُ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ
يَكُنْ قَائِفٌ ، أَوْ تَحَيَّرَ ، أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا ، أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا

بالمنع ، وفي « الروضة » : أنه المذهب ^(١) .

فرع : إذا استلحقته الحرية وأقامت بينة . . لحقها ولحق زوجها إن أمكن
العلوق منه إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه ، فإن لم يتعرض للفراش . .
ففي ثبوت نسبه وجهان ؛ أحدهما من « زوائده » : المنع ^(٢) .

قوله : (أَوْ اثْنَانِ . . لَمْ يُقَدِّمَ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَعَبْدٌ) يعني : إذا ادعاه
اثنان وكان أحدهما حراً والآخر عبداً ، أو مسلماً والآخر كافراً . . فهما سواء ؛
لأن كلاهما أهل لو انفرد ، وهذا تفريع على أن العبد أهل للاستحقاق .

قوله : (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ . . عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ فَيَلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَهُ بِهِ) أي :
إذا كان في يدهما وتساويا ، ولا يقدم أحدهما بالانفراد باليد ، بل إن كان غير
الملتقط واستلحقه ، ثم جاء أجنبي وادعى نسبه . . لم يلتفت إليه ، وإن لم
يستلحقه صاحب اليد إلا بعد استلحاق الآخر . . فهما سواء على الأصح .

وكذا إذا كانت اليد للملتقط فاستلحقاه معاً . . فيعرض على القائف ، فإن
استلحقه الملتقط أولاً وحكمنا بالنسب ، ثم ادعاه آخر . . عرض مع الثاني على
القائف ، فإن نفاه عنه . . بقي لاحقاً بالملتقط .

وإن ألحقه بالثاني . . عرض مع الملتقط عليه ، فإن نفاه عنه . . فهو
للثاني ، وإن ألحقه به . . وقف .

قوله : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ ، أَوْ تَحَيَّرَ ، أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا ، أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا . .

(١) روضة الطالبين (٥٠٥ / ٤) .

(٢) روضة الطالبين (٥٠٥ / ٤) .

أُمْرٍ بِالْإِنْتِسَابِ بَعْدَ بُلُوغِهِ إِلَى مَنْ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَيْهِ مِنْهُمَا ،

أمر بالانتساب بعد بلوغه إلى من يميل طبعه إليه منهما (لأن الطبع يقتضي ميل الولد إلى الوالد ، والقريب إلى القريب بحكم الجبلة ، فنأمره بذلك ونقول له : لا تنتسب بمجرد التشهي .

وقيل : لا يشترط البلوغ بل يرجع إلى اختياره إذا بلغ سن التمييز .
وعليهما النفقة في مدة الانتظار ، فإذا انتسب إلى أحدهما . . رجع الآخر عليه بما أنفق على الأصح إن كان بإذن الحاكم .

فإن كان التداعي بين امرأتين وأنفقنا وعرض الولد معهما على القائف كما هو الأصح ، وألحقه بإحدهما . . فلا رجوع لها على الأخرى قطعاً ؛ لأن دعواها ولادته يمكن القطع بها فواخذناها بموجب قولها ، والأصح : أنه يلحق زوجها .

ولو لم ينتسب إلى واحدٍ منهما . . بقي الأمر موقوفاً ، ولو انتسب إلى غيرهما وادعاه ذلك الغير . . ثبت نسبه منه على الأصح .

وإذا انتسب إلى أحدهما ؛ لفقد القائف ، ثم وجد . . عرضناه عليه ، فإن ألحقه بالثاني . . قدمناه على الانتساب على الأصح ؛ لأنه حجة أو حكم ، ولو ألحقه بأحدهما فأقام الآخر بينة . . قدمت على الراجح ؛ لأنها حجة في كل خصومة .

فائدة : قال في « المهمات » : صرح الفوراني بأن المراد بفقد القائف في الدنيا كلها^(١) ، ونقل الرافعي في « العدد » عن الروياني أن العبرة بمسافة القصر ، وسبقه إليه الماوردي^(٢) ، قال ابن العماد : الذي يترجح مقالة

(١) المهمات (٣٠٩ / ٦) .

(٢) عبارة الرافعي في « الشرح الكبير » (٤٦٧ / ٩) : (بل المراد : أن يوجد في موضع الولد =

وَلَوْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ . . سَقَطَتَا فِي الْأَظْهَرِ .

الفوراني ، فيجب طلبه وإن بعد .

قوله : (ولو أقاما بينتين متعارضتين . . سقطتا في الأظهر) في التعارض في الأملاك قولان ؛ أظهرهما : التساقط ، وعليه : تسقطان أيضاً هنا على الصحيح ، ويرجع إلى قول القائف فيستمر قول المصنف : (في الأظهر)^(١) ، لكن لا تقدم بنية أحدهما هنا باليد ، بخلاف الأملاك .

وصورة التعارض : إذا كان في يد أحدهما أن يدعي الخارج التقاطه وقيم بينة ، فيقيم الداخل بينة أنه التقطه .

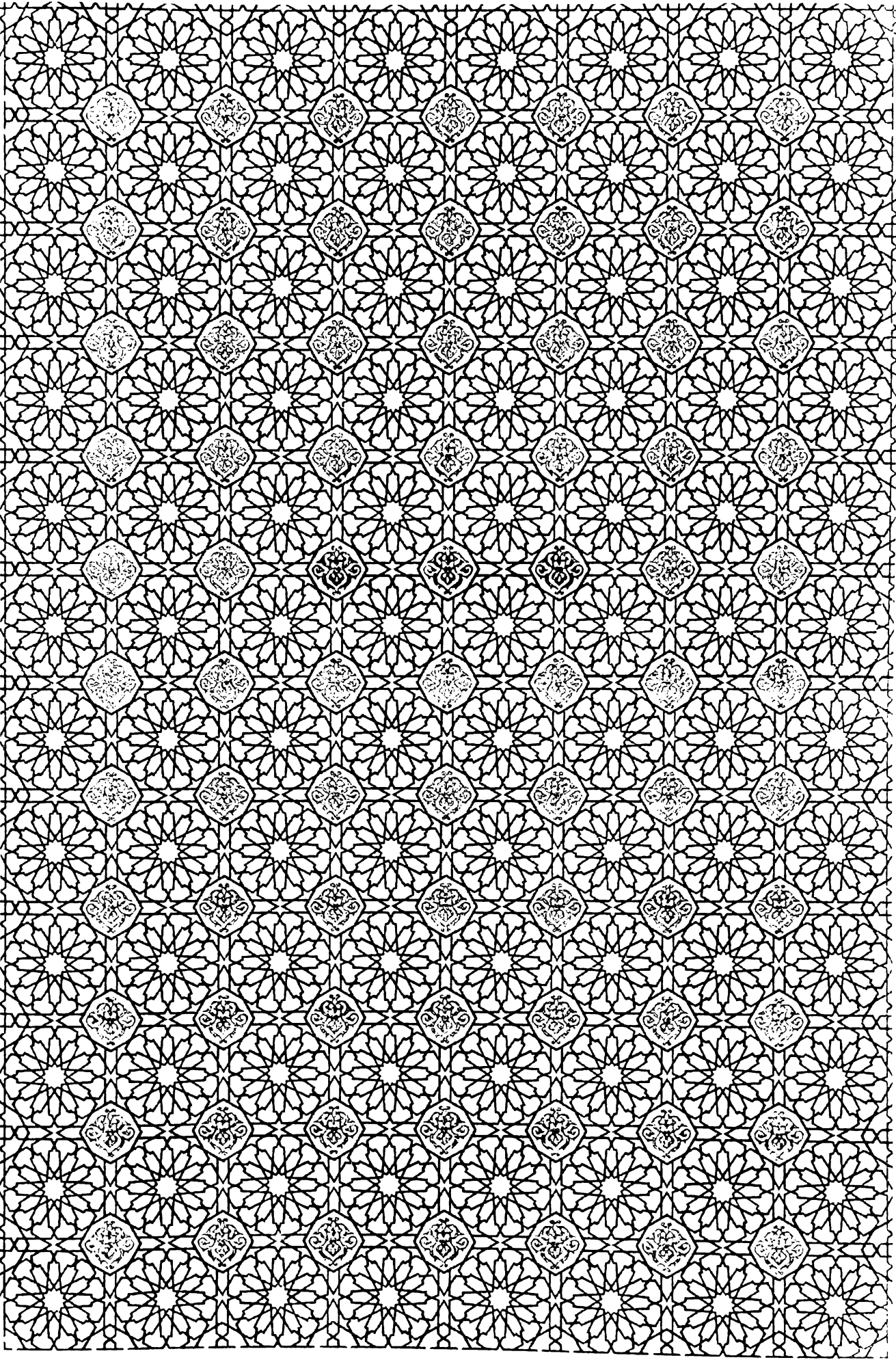
فرع : إذا لم تكن بينة وألحقه قائف بأحدهما ، وقائف آخر بغيره . . فالأصح : أنه للأول ، وقيل : يتعارض قولهما والله سبحانه أعلم .

* * *

= وما قرب منه ، وهي المسافة التي تقطع في أقل من يوم وليلة) ، وكذا في « بحر المذهب » (٣٥١/١١) ، و« الحاوي الكبير » (٢٦٢/١٤ - ٢٦٣) . وأما في « بداية المحتاج » (٥٢٤/٢) ، و« تحفة المحتاج » (٦٥٠/٦) ، و« نهاية المحتاج » (٤٦٣/٥) . . فبلفظ : (بدون مسافة القصر) .

(١) عبارة « السراج على نكت المنهاج » (٤٠٤/٤) : (وعلى هذا : هل يتساقطان كما في الأملاك فيرجع إلى القائف أم لا ؟ بل يرجح إحداهما بقول القائف ؟ فيه اختلاف عبارة ، والأولى أصح ، ويستمر ما في الكتاب عليها دون الثانية) . ومعناه - والله أعلم - : أن قول المتن يتم أو يكمل به (ويرجع إلى قول القائف) إذ لا يجئ هنا مقابل هذا الأظهر ؛ كما في « السراج على نكت المنهاج » (٤٠٤/٤) ، و« النجم الوهاج » (٨٥/٦) ، و« بداية المحتاج » (٥٢٤/٢) .

كتاب الجعالة



كِتَابُ الْجَعَالَةِ

هِيَ كَقَوْلِهِ : مَنْ رَدَّ آبِقِي . . فَلَهُ كَذَا ، وَيُشْتَرَطُ صِغَةً تَدُلُّ عَلَى الْعَمَلِ بِعَوَضٍ مُلْتَزِمٍ ، فَلَوْ عَمِلَ بِلَا إِذْنٍ أَوْ أَذْنٍ لِشَخْصٍ فَعَمِلَ غَيْرُهُ . . فَلَا شَيْءَ لَهُ .

(كتاب الجعالة)

هي بفتح الجيم وكسر ها ، وأوردها ابن مالك في « مثله » .

قال في « المحرر » : استأنسوا بقوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾^(١) [يوسف : ٧٢] عدل عن الاحتجاج إلى الاستئناس ؛ لكونه في شرع من قبلنا ، لكن قد قرّره^(٢) شرعنا ، ففي « الصحيح » : رقية اللديغ على قطيع من الغنم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « اَقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ »^(٣) .

والبُجْلُ بضم الجيم : ما يجعل على فعل شيء .

قوله : (هي كقوله : من رد آبقي . . فله كذا ، ويشترط صيغة تدل على العمل بعوض ملتزم ، فلو عمل بلا إذن أو أذن لشخص فعمل غيره . . فلا شيء له) قال الغزالي : الجعالة معاملة صحيحة^(٤) ، ولم يقل : معاقدة ؛ لأن العقود تفتقر إلى القبول وهي لا تفتقر إليه .

(١) المحرر (٨٣٣ / ٢) .

(٢) وفي (أ) : (قرّر في شرعنا) .

(٣) صحيح البخاري (٢٢٧٦) ، صحيح مسلم (٢٢٠١) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٤) الوسيط (٣٨٤ / ٢) .

وقال الماوردي : تفارق الإجارة في جواز جهالة عين العامل ، وجهالة العمل ، وعدم اللزوم^(١) .

وأحد أركانها : الصيغة الدالة على الإذن في العمل بعوض يلتزمه .

وأبهم المصنف القائل ، ومراده : المالك المطلق التصرف .

ثم اعلم أن قوله : (من رد عبدي .. فله كذا) شرط وجزاء ، موضوعه ترتيب استحقاق الجعل على الرد ، ولا دلالة له على الإذن في الرد إلا بقرينة أن ذلك ترغيب في الرد عرفاً ، والترغيب في شيء يدل على طلبه ، فمن هذا الوجه جعل قول السيد : (من رد عبدي .. فله كذا) إذناً في رده ، فإذا رده من سمع .. استحق ولو لم يسمع كلام الجاعل ، ولكن نقل إليه فرده ، فإن كان الجاعل أمر الناقل بالقول .. استحق الراد ، وإن لم يأمره .. فالذي أورده القاضي حسين وكلام الماوردي مصرح به : أنه لا يستحق^(٢) .

ولا يتقيد ذلك بصيغة الشرط والجزاء بل لو قال لواحد : رُدَّ أبقي ولك كذا ، فرده غيره .. لم يستحق إلا أن يكون عبداً لمأذون له في الرد فيستحق سيده ، قاله الرافعي^(٣) .

قال السبكي : إن استعان به السيد في ذلك .. فظاهر ، وإن استقل العبد برده .. ففيه نظر ، لاسيما إذا لم يكن قد علم النداء .

ولو قال : إن رده فلان فله كذا ، فرده غيره عالم بالإذن والالتزام .. لم يستحق شيئاً ، فلو أذن في الرد ولم يلتزم العوض .. فلا شيء للراد على ظاهر

(١) الحاوي الكبير (٣٤٤ / ٩) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٤٤ / ٩) .

(٣) الشرح الكبير (١٩٦ / ٦) .

وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِيٌّ : مَنْ رَدَّ عَبْدَ زَيْدٍ فَلَهُ كَذَا . اسْتَحَقَّهُ الرَّادُّ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ،

النص ، وفيه الخلاف فيمن دفع ثوباً إلى غَسَّالٍ ليغسله ولم يذكر أجره فغسله .
ولو اختلف الجاعل والراد في أنه بلغه . . فالقول قول الراد ؛ كما لو اختلفا
في السماع .

وإن رده من لم يسمع ولم يعلم . . لم يستحق شيئاً وإن قصد العوض على
الأصح .

والراد بغير إذن لا شيء له ، ولا فرق بين أن يكون معروفاً برد الضوال أو
لا .

فرع : قال : من جاء بعبدٍ فله دينار ، ثم رجع . . فعليه إعلان الرجوع
كما أعلن النداء ، فإن أسره . . بقي حكم الإذن ، فمن جاء به . . استحق ، وإن
أعلنه . . فلا شيء لمن شرع في المجيء به بعد إعلان الرجوع ، سواء علم
برجوعه أم لم يعلم ، وإن شرع قبل الرجوع . . فله الدينار ما لم يعلم
بالرجوع ، قاله الماوردي^(١) .

قوله : (ولو قال أجنبي : من ردَّ عبد زيد فله كذا . . استحقه الراد على
الأجنبي) لأنه الجاعل ، وليس من شرط الجعالة أن يكون العمل واقعاً في ملك
الملتزم ، قال السبكي : إنما يكون صريحاً إذا قال : علي ، وإلا . . فيحتمل
أن يكون مراده : فله كذا على مالكة فيكون فضولياً محضاً فلا يلزم واحداً
منهما ، فيحمل كلامهم على ما إذا أراد الالتزام بنفسه دون المالك . انتهى

وفي « التحرير » عن « كافي الخوارزمي » : لو قال الفضولي : من رد
عبد فلان فله علي دينار ، أو قال : فله دينار . . فمن رده يستحق على الفضولي

(١) الحاوي الكبير (٣٤٥ / ٩) .

وَإِنْ قَالَ : قَالَ زَيْدٌ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ كَذَا ، وَكَانَ كَاذِبًا . . لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى زَيْدٍ .

وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الْعَامِلِ وَإِنْ عَيَّنَّهُ .

وَتَصِحُّ عَلَى عَمَلِ مَجْهُولٍ ،

ما سُمي ، قال : وهو صريح في استحقاق العوض عليه وإن لم يقل : علي^(١) .

قوله : (وإن قال : قال زيد : من رد عبدي فله كذا ، وكان كاذباً . لم يستحق عليه ولا على زيد) أما عليه . . فلأنه لم يلتزم ، وأما على زيد . . فللكذب ، فلو كان صادقاً ؛ فإن لم يكن ممن يعتمد خبره . . فكما لو رد غير عالم بإذنه والتزامه ، وإن كان ممن يعتمد خبره . . استحق على المالك إذا رد .
قوله : (ولا يشترط قبول العامل) أي : لفظاً (وإن عينه) أي : بل يكفي القبول بالفعل ، أما غير المعين . . فلا خلاف فيه ؛ لأن الخطاب لا يستدعيه ، وأما المعين . . ففيه وجه بالاشتراط .

فرع : يشترط في الجاعل أن يكون مطلق التصرف ، وفي المجعل له أهلية العمل ، فيدخل فيه العبد وإن عمل بغير إذن سيده ولسيده أجره المثل ، والصبي والمجنون إذا عملا بإذن الولي وبغير إذنه ، لكن من عمل منهما بالإذن حيث يجوز له إيجارهما . . استحق الجعل ، ومن عمل بغير إذن . . استحق أجره المثل ، قاله ابن الرفعة .

قال السبكي : والذي يظهر في هذه المسائل : وجوب المسمى .

قوله : (وتصح على عمل مجهول) أي : بلا خلاف وإن كان لا تجوز

وَكَذَا مَعْلُومٌ فِي الْأَصَحِّ .

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْجُعْلِ مَعْلُومًا ، فَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّهُ فَلَهُ ثَوْبٌ أَوْ :
أَرْضِيهِ . . فَسَدَ الْعَقْدُ وَلِلرَّادِّ أَجْرُهُ مِثْلِهِ .

الإجارة عليه ؛ لأن مسافة رد العبد قد لا تعرف ، ولو قال : من رد أحد عبدي
فله كذا . . صح العقد واستحق الجعل بتمامه إذا رد أحدهم وإن كان اقل قيمة ،
قاله القاضي حسين .

قوله : (وكذا معلوم في الأصح) لأنه إذا جاز مع الجهل . . فلأن يجوز مع
العلم أولى .

والثاني : لا يصح ؛ استغناء عنها بالإجارة .

فعلى الأصح : لو قال : جعلت لك على رد عبدي من البصرة كذا . . صح
العقد واستحق العوض إذا رده ، لكن لو وقَّت فقال : من رد عبدي إلى شهر
فله كذا . . لم يصح ، حكاه الرافعي والنووي عن القاضي أبي الطيب ؛ لأن
تقدير المدة يخل بمقصود العقد فربما لا يجده فيها فيضيع عمله ولا يحصل
غرض المالك ؛ كما لا يجوز تقدير مدة القراض^(١) .

قوله : (ويشترط كون الجعل معلوماً) أي : كالأجرة فإنه لا حاجة إلى
احتمال الجهالة فيه .

قوله : (فلو قال : من رده فله ثوب أو أرضيه . . فسد العقد) لجهالة
العوض (وللرَّادِّ أجره مثله) كالإجارة الفاسدة ، وهكذا لو جعل الجعل خمراً
أو خنزيراً .

فرع : لو قال : من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه . . قال المتولي : إن كانت

(١) الشرح الكبير (٢٠٣/٦-٢٠٤) ، روضة الطالبين (٣٤٢/٤) .

وَلَوْ قَالَ : مِنْ بَلَدٍ كَذَا ، فَرَدَّهُ مِنْ أَقْرَبٍ مِنْهُ . . فَلَهُ قِسْطُهُ مِنَ الْجُعْلِ .

.....

معلومة ووصفها بما يفيد العلم . . استحق الراد المشروط ، وإلا . . فأجرة المثل ، قال في « المهمات » : ما نقله في الوصف وأقره . . يخالف ما تقرر في البيع والإجارة أن الشيء المعلوم لا يقوم وصفه مقام رؤيته على الصحيح^(١) .

قال ابن العماد : الفرق أن باب الجعالة يخالف البيع والإجارة ، فكما يصح على العمل المجهول - وهو رد العبد من غير ذكر موضعه - كذلك يجوز على الجعل المجهول من بعض الوجوه ، دون المجهول من جميع الوجوه ؛ ولهذا صحت بالنفقة والرزق في الحج . انتهى

ولو قال : فله نصفه أو رבעه . . فقد صححه المتولى ومنعه أبو الفرج السرخسي ، قاله في « الروضة »^(٢) .

قوله : (ولو قال : من بلد كذا ، فردّه من أقرب منه . . فله قسطه من الجعل) قوله : (من بلد كذا) تقدير فائدته مقابلة الجعل للعمل في تلك المسافة ، ومن ضرورته : أن يقسط عليها ؛ فلذلك من رده من نصف الطريق . . استحق نصف الجعل ، ومن ثلثها . . ثلثه ، وإن رد من مكان أبعد . . لم يستحق زيادة ، هذه عبارة الرافعي في « الشرح »^(٣) .

وقول المصنف : (من أقرب) تبع فيه « المحرر »^(٤) ، وهو يحتمل ذلك

(١) المهمات (٦/١٩٧) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٣٣٨) ، وفي (أ) : من قوله : (انتهى ، ولو قال . .) إلى قوله : (قاله في « الروضة ») غير موجود ، وزيد في (ب) تصحيحاً .

(٣) الشرح الكبير (٦/١٩٩) .

(٤) المحرر (٢/٨٣٤) .

وَلَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي رَدِّهِ . . اشْتَرَكَا فِي الْجُعْلِ .

ويحتمل أن يكون من مكان من جهة أخرى هو أقرب من بلد كذا ، وفي الاستحقاق به نظر ينبغي ألا يستحق به شيئاً ، ويحتمل أن يقال : يستحق ، قاله السبكي .

وقال : حيث يقال بالتوزيع لا بد أن تراعى فيه صفة المسافة ؛ من سهولة أو مشقة ، فقد يكون النصف في المقدار أسهل من النصف في الصفة ، وذلك يؤخذ من كلام الأصحاب وإن لم يصرحوا به ، فإذا كانت أجرة النصف في المقدار ضعف أجرة النصف الآخر . . كان المقابل لها من الجعل ثلثيه وللآخر الثلث .

هذا في قدر الاستحقاق .

ولا بد في أصل الاستحقاق من حصول المقصود ، وهو رد العبد إلى سيده ؛ كما سيأتي^(١) .

وقال في « التحرير » : قال الخوارزمي : لو قال : من رد عبي الآبق من البصرة . . فله دينار ، فرده من همدان والمسافة إليه كالمسافة إلى البصرة . . يحتمل وجهين ؛ أحدهما : المسمى^(٢) .

قوله : (ولو اشترك اثنان في رده . . اشتركا في الجعل) لأن قوله : (من رده) عام في الواحد والاثنين والجمع ، وكذا لو قال لنفر : إن رددتم عبي فلکم كذا ، فردوه . . اشتركوا في الجعل ، ويقسم بينهم على عدد الرؤوس ؛ لأن العمل مجهول ، فلا يوزع عليه ، ولو رده بعضهم . . فالظاهر : أنه لا يستحق شيئاً ؛ لأنه لم يجعل إلا لمجموعهم ، وعلقه بردهم ، قاله السبكي .

(١) أي : في آخر (كتاب الجعالة) في شرح : (ولومات الآبق . . .) .

(٢) تحرير الفتاوى (٢ / ٣٩٠) .

وَلَوْ التَّزَمَ جُعْلاً لِمُعَيَّنٍ فَشَارَكَهُ غَيْرُهُ فِي الْعَمَلِ ؛ إِنَّ قَصْدَ إِعَانَتِهِ . . فَلَهُ كُلُّ الْجُعْلِ ، وَإِنْ قَصَدَ الْعَمَلَ لِلْمَالِكِ . . فَلِلْأَوَّلِ قِسْطُهُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُشَارِكِ بِحَالٍ .

قوله : (ولو التزم جعلاً لمعين فشاركه غيره في العمل ؛ إن قصد إعانته . .
فله كل الجعل) أي : لذلك المعين ؛ لأنه قد يحتاج إلى الاستعانة بغيره ،
ولا شيء لذلك الغير إلا أن يلتزم له المجمعول له أجرة .

قوله : (وإن قصد العمل للمالك . . فللأول قسطه ، ولا شيء للمشارك
بحال) أي : إذا قصد المشارك العمل للمالك . . استحق المجمعول له بقدر
ما عمل ، وحط قدر ما عمله المشارك للمالك ، كذا شرحه السبكي ، ثم ذكر
أن المشهور : التوزيع على الرؤوس ؛ أي : فيكون له نصف المعين من غير
نظر إلى العمل ، وهو المصحح .

وقول الكتاب : (قسطه) يقتضي التوزيع على العمل كما شرحه .

ولا فرق فيما إذا قصد العمل للمالك بين أن يقصد التبرع ، أو الأجرة ، أو
المشاركة في الجعل .

تنبيه : استنبط السبكي من استحقاق المجمعول له تمام الجعل إذا قصد
المشارك إعانته . . جواز الاستنابة في الإمامة ونحوها بشرط أن يستنبط مثله أو
خيراً منه ، ويستحق كل المعلوم ، قال : والاستنابة في الإمامة وفي كل وظيفة
تقبلها تشبه التوكيل في المباحات .

وأفتى ابن عبد السلام والنووي : أنه لا يستحق المعلوم لا المستنبط لعدم
مباشرة ولا النائب لعدم ولايته^(١) .

(١) الفتاوى المصرية (ص : ٣٥) ، فتاوى النووي (ص : ١٨٧) .

وَلِكُلِّ مِنْهُمَا الْفَسْخُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ ؛ فَإِنْ فُسِخَ قَبْلَ الشُّرُوعِ أَوْ فُسِخَ الْعَامِلُ بَعْدَ الشُّرُوعِ . . . فَلَا شَيْءَ لَهُ ،

قال الزركشي : ومدرکہما في ذلك : أن الريع ليس من باب الإجارة ولا الجعالة ؛ لأن شرطهما أن يقع العمل منهما للمستأجر والجاعل ، والعمل هنا لا يمكن وقوعه للجاعل ، فلم يبق إلا الإباحة بشرط الحضور ولم يوجد ، فلا يصح إلحاقه بهذه المسألة ، وهذا إذا استتاب بغير إذن الواقف .

قوله : (ولكل منهما) أي : المالك والعامل (الفسخ قبل تمام العمل) أما من جهة المالك . . فواضح ؛ لأن الجعالة تشبه الوصية من حيث إنها تعليق استحقاق بشرط ، والرجوع عن الوصية جائز ، فكذاك ههنا ، وأما من جهة العامل المعين . . ففسخه قبل الشروع بمعنى الرد وعدم القبول ، وبعده إسقاط لحقه ، وغير المعين يتصور الفسخ له بعد الشروع^(١) ؛ لتعلق حقه ، أما قبله . . فلا .

قوله : (فإن فسخ قبل الشروع ، أو فسخ العامل بعد الشروع . . فلا شيء له) أي : للعامل ، أما قبل الشروع . . فظاهر ، سواء كان منه أو من المالك إذا علم العامل به ، فإن لم يعلم . . ففي « النهاية » : لا يبعد تخريجه على أن الوكالة هل تنفسخ قبل علم الوكيل بالعزل أو لا ، والظاهر : أن الجعالة تنفسخ^(٢) ، وجزم في « التتمة » بهذا التخريج .

وقد تقدم عن الماوردي الجزم بالاستحقاق عند عدم العلم ، ونقله في « التحرير » عن الروياني أيضاً^(٣) .

(١) الحاوي الكبير (٣٤٥ / ٦) ، وتقدم في الفرع الأول من (كتاب الجعالة) .

(٢) نهاية المطلب (٤٩٧ / ٨) .

(٣) تحرير الفتاوي (٣٩١ / ٣) .

وَأِنْ فُسِّخَ الْمَالِكُ بَعْدَ الشُّرُوعِ . . فَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ فِي الْأَصَحِّ .
وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ فِي الْجُعْلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ ، وَفَائِدَتُهُ بَعْدَ الشُّرُوعِ :
وُجُوبُ أَجْرَةِ الْمِثْلِ .

وأما بعده . . فلأنه امتنع باختياره ولم يحصل غرض المالك بما عمل ، لكن لو زاد الجاعل في العمل ولم يرض العامل بالزيادة ، ففسخ لأجل ذلك . . استحق أجره المثل ، ذكره الرافعي في آخر (المسابقة)^(١) ، قال الإسنوي ، وقياسه كذلك إذا نقص الجعل^(٢) ، حكاه العدني .

قوله : (وإن فسخ المالك بعد الشروع . . فعليه أجره المثل في الأصح)
لئلا يحبط عمله بفسخ غيره .

والثاني : يصح الفسخ ولا شيء للعامل ؛ لأن العقد الجائز إنما يلزم فيه الجعل بعد الفراغ .

قوله : (وللمالك أن يزيد وينقص في الجعل قبل الفراغ) لأن العقد غير لازم سواء أكان قبل الشروع أم بعده .

وفائدته قبله : استقرار الأمر على الأخير ، فإذا قال : من رد عبدي فله خمسة ، ثم قال : من رده فله عشرة أو بالعكس . . فالاعتبار بالنداء الأخير ، وكذا في الجنس وغير الجنس .

قوله : (وفائدته بعد الشروع : وجوب أجره المثل) لأن النداء الأخير فسخ الأول ، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجره المثل ، قاله الرافعي^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٢٢٤ / ١٢) .

(٢) المهمات (١٩٩ / ٦) .

(٣) الشرح الكبير (٢٠٢ / ٦) .

وَلَوْ مَاتَ الْآبِقُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ أَوْ هَرَبَ . . فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ ، وَإِذَا رَدَّهُ . . فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ لِقَبْضِ الْجُعْلِ .

وقال ابن الرفعة : يظهر أنه يستحق عما عمله قبل النداء الثاني ما يقابله من الجعل الأول جزماً ؛ لأن العقد الأول باق لم يفسخ .

وصورة المسألة : إذا سمع النداء الأول والثاني ، فلو سمع الثاني وحده . . استحقه ، أو الأول وحده . . ففي « الوسيط » : يحتمل الرجوع إلى أجرة المثل ، وأقره الرافعي^(١) ، وقال الماوردي ، إن أعلن المالك النداء بالرجوع فلا شيء عليه ، وإلا . . استحق^(٢) .

قوله : (ولو مات الآبق في بعض الطريق أو هرب . . فلا شيء للعامل) لأن عمله لم يتصل بالمقصود ، وهو رد العبد إلى سيده .

وقوله : (في بعض الطريق) مثال ، وإلا . . فلو مات بقرب دار مولاه قبل أن يسلمه إليه . . فذلك ، وعليه اقتصر في « الروضة »^(٣) ، ويعلم منه تفصيل الكتاب من باب أولى .

ومحل ما ذكره في الهرب : إذا لم يسلمه للحاكم ، فلو لم يجد المالك وسلمه للحاكم فهرب . . استحق ، فإن لم يكن حاكم . . أشهد واستحق ، نقله الزركشي .

قوله : (وإذا رده . . فليس له حبسه لقبض الجعل) لأن الاستحقاق بالتسليم ، ولا حبس قبل الاستحقاق .

(١) الوسيط (٣٨٦/٢) ، الشرح الكبير (٢٠٢/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٤٤/٩ - ٣٤٥) .

(٣) روضة الطالبين (٣٤١/٤) .

وَيُصَدِّقُ الْمَالِكُ إِذَا أَنْكَرَ شَرْطَ الْجُعْلِ أَوْ سَعِيَهُ فِي رَدِّهِ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْجُعْلِ . . تَحَالَفَا .

قوله : (ويصدق المالك إذا أنكر شرط الجعل أو سعيه في رده) أي : كما إذا قال : ما شرطت جعلاً ، أو قال : شرطته على عبد آخر ، أو قال : ما سعيته في رده وإنما عاد بنفسه ؛ لأن الأصل : عدم الشرط والرد .

قوله : (فإن اختلفا في قدر الجعل . . تحالفا) أي : كما لو اختلفا في الأجرة في الإجارة ، ويجب أجرة المثل ، وهذا إذا وقع الاختلاف بعد فراغ العمل والتسليم الذي به الاستحقاق ، أما قبل الشروع . . فلا استحقاق^(١) ولا تحالف .

ويتصور التحالف قبل الفراغ فيما إذا قلنا : للعامل بقسط ما عمل من المسمى ، ويجري أيضاً فيما إذا اختلفا في قدر المجعول له عليه هل هو عبد أو عبدان ؟ وقد رد أحدهما ، والله أعلم .

* * *

(١) وفي (أ) قوله : (أما قبل الشروع . . فلا استحقاق) غير موجود .

المحتوى

٧	كتاب الشركة
٢١	كتاب الوكالة
٣٩	فصل في بعض أحكام الوكالة بعد صحتها
٤٠	فرع: لو وكله أن يشتري بنسيئة فاشترى بنقد.. لم يجز
	فرع: لو قال: بعه بكم شئت.. فله البيع بالغبن الفاحش، ولا يجوز
٤١	بالنسيئة ولا بغير نقد البلد
	فرع: إذا لم يسم الوكيل الموكل في الشراء، ولا صدقه البائع في نيته
٤٥	ولم يرد
٥٠	فصل في الوكالة المقيدة
	فصل في بيان جواز الزكاة، وما تنفسخ به، وتخالف الوكيل والموكل،
٦٠	وغير ذلك
٧٧	كتاب الإقرار
٨٩	فصل في صيغ الإقرار
٩٢	فصل في شروط المقرّ به
١٠١	فرع: لو فسر الألف بألف حبة حنطة.. قبل قوله بيمينه
١٠٤	فرع: لو فسر الدرهم بسكة غير سكة البلد.. قُبِلَ
١٠٦	فصل في بيان أنواع من الإقرار، وفي بيان الاستثناء
١١٣	فرع: قال: له علي ألف من ربا، وشهدت له بذلك بينة.. أبطلناه

فرع: لو قال: عندي ألف، أو: علي دراهم عارية.. فمضمون عليه صححنا	
إعارة الدراهم أو أفسدناها	١١٧
فصل في الإقرار بالنسب	١٢٢
فرع: إذا استلحق عبد الغير أو عتيقه.. لم يلحق إن كان صغيراً	١٢٤
كتاب العارية	١٣٥
فرع: يشترط في المستعير كونه أهلاً للتبرع عليه	١٣٧
فرع: لو دفع شاة إلى رجل وقال: أبحت لك درهماً ونسلها، أو:	
أعرتكها.. فالأصح: أنها إباحة صحيحة والشاة عارية صحيحة	١٣٨
فرع: في بيان جواز العارية، وما للمعير وعليه بعد الرد في عارية	
الأرض وحكم الاختلاف	١٤٦
كتاب الغصب	١٦٣
فصل في بيان ما يضمن به المغصوب	١٧٤
فرع: لو أتلّف عبد مغنياً.. غرم تمام قيمته، وأما الجارية..	
فالمنصوص: أنه لا يغرم ما زاد على قيمتها بسبب الغناء	١٨٢
فصل في اختلاف المالك والغاصب، وضمان ما ينقص به المغصوب	
وجنائته	١٨٨
فرع: لو جنى المغصوب في يد الغاصب عمداً.. اقتصر منه، ورجع	
المالك على الغاصب بقيمته	١٩٥
فروع: في هلاك المغصوب عند الغاصب	٢٠١
فصل فيما يطرأ على المغصوب من زيادة وغيرها	٢٠٢
كتاب الشفعة	٢١٥
فصل في بيان الشقص الذي يؤخذ به، والاختلاف في قدر الثمن، وغير	
ذلك	٢٢٩

٢٥١	كتاب القراض
	فصل: في بيان الصيغة وما يشترط في العاقلين وذكر بعض أحكام
٢٦٠	القراض
	فصل في بيان أن القراض جائز من الطرفين، وحكم اختلافهما، وغير
٢٧٣	ذلك
٢٧٨	فروع: اختلفا في جنس رأس المال.. صدق العامل... وغير ذلك..
٢٨١	كتاب المساقاة
٢٨٣	فرع: يشترط في الأشجار في عقد المساقاة أن تكون معينة مرئية
٢٨٨	فصل في شروط المساقاة، ولزومها، وهرب العامل
	فرعان: نقل في «التتمة»: أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً، أو تلفت
	الثمار كلها بجائحة أو غصب.. فعلى العامل إتمام العمل...
٣٠٢	الثاني: إذا اختلفا في القدر المشروط ولا بينة
٣٠٥	كتاب الإجارة
٣١٣	فرع: استئجار الأشجار لثمرها باطل
	تنبيه: ضابط العين التي يرد عليها عقد الإجارة: كل عين ينتفع بها مع
	بقاء عينها منفعة مباحة مملوكة معلومة مقصودة تضمن بالبدل وتباح
٣١٣	بالإباحة
	فصل: في بقية شروط المنفعة وما تقدر به: وفي شروط الدابة المكتراة
٣٢٠	ومحمولها
٣٢٦	فروع: في استئجار للغراس والزرع وما يتعلق به
	فصل في منافع لا يجوز الاستئجار لها، ومنافع يخفى الجوار فيها، وما
٣٣٣	يعتبر فيها

- فرع: يجب في استئجار الحج والعمرة بيان أنه أفراد أو تمتع أو قران .. ٣٣٤
- فروع: الاستئجار للتدريس باطل .. والاستئجار للقضاء باطل ٣٣٦
- فصل في فيما يلزم المكري أو المكثري لعقار أو دابة ٣٣٩
- فصل في بيان المدة التي تقدر بها المنفعة، وكون يد الأجير يد أمانة ... ٣٤٦
- فرع: قال خياط: إن كان هذا الثوب يكفيني قميصاً فأقطعه، فقطعه فلم يكفه .. ضمن الأرض ٣٥٨
- فصل: فيما يقتضي انفساخ الإجارة والتخير في فسخها وعدمهما ٣٥٩
- كتاب إحياء الموات ٣٧٧
- فصل في بيان حكم منفعة الشارع وغيرها من المنافع المشتركة ٣٩٥
- فرع: قال الفارقي: يجوز للفقهاء الإقامة في الرُّبَط وتناول معلومها، ولا يجوز للمتصوف القعود في المدارس وأخذ شيء منها ٤٠٠
- فصل في بيان حكم الأعيان المشتركة ٤٠١
- كتاب الوقف ٤١٧
- فرع: ضابط الموقوف: كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها ٤١٩
- فائدة: قال السبكي: ينبغي لمن كتب كتاب وقف أو شهد به أن يسمع من الواقف إنشاء للوقف وإقراره بنيته. وطريق الخروج من الخلاف في وقف المساجد ٤٣٢
- فرع: اختار السبكي صحة الوقف على زيد والفقراء ٤٣٨
- فصل في أحكام الوقف اللفظية ٤٤٤
- فصل في أحكام الوقف المعنوية ٤٥١
- فرع: فيما إذا جنى العبد الموقوف ٤٥٧

٤٥٩ فصل في بيان النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر
٤٦٢ فرع: لو شرط الواقف للمتولي شيئاً .. جاز وكان أجره عمله
 فرع: لو اندرس شرط الواقف فلم يعرف مقادير الاستحقاق .. قسمت
٤٦٤ الغلة بين أربابه بالسوية إذا كان في أيديهم
٤٦٩ كتاب الهبة
٤٧٧ فرع: يشترط في الواهب أهلية التبرع
 فرع: إذا وهب جارية أو بهيمة حاملاً، ورجع قبل الوضع .. رجع فيها
٤٨٣ حاملاً، وإن رجع بعده .. رجع في الأم والولد، وإلا .. ففي الأم فقط
٤٨٤ فرع: الرجوع في الهبة حيث يثبت لا يفتقر إلى قضاء القاضي
٤٩٣ كتاب اللقطة
٤٩٧ فرع: في التقاط الذمي
٤٩٧ فرع: حكم المجنون في الالتقاط .. حكم الصبي
٤٩٩ فرع: إذا التقط العبد ثم أعتقه السيد .. فالأظهر: أنه ليس للسيد أخذها
٥٠١ فصل في بيان لقط الحيوان وغيره، وتعريفهما
٥١٤ فصل في تملكها وغرمها وما يتبعهما
٥٢٣ كتاب اللقيط
٥٣٤ فصل في الحكم بإسلام اللقيط وغيره، وكفرهما بالتبعية
٥٣٧ فرع: إذا بلغ المحكوم بإسلامه بالدار وأفصح بالكفر .. فهو كافر أصلي
٥٣٨ فرع: إذا أسلم الجد أو الجدة .. تبعه الطفل عند فقد الأبوين
٥٤١ فصل في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك

٥٥٧	كتاب الجعالة
	فرع: قال: من جاء بعبدى فله دينار، ثم رجع. . فعليه إعلان الرجوع
٥٥٩	كما أعلن النداء
	فرع: يشترط في الجاعل أن يكون مطلق التصرف، وفي المجعول له
٥٦٠	أهلية العمل
٥٦٩	المحتوى